

14



POR

DON JUAN DE BOHORQUEZ, marido, y conjunta persona de doña Laura Florencia de Bendicho, y por Doña Maria Eugenia de Alcazar.

EN EL PLEYTO

CON EL CONVENTO DE NUESTRA SEÑORA DE LA Concepcion junto à San Juan de la Palma.

SOBRE LA PERTENENCIA DE UN LEGADO DE DOS mil pesos escudos, que Francisco de Barrio-Nuevo, legò, y mandò á Doña Catalina de Bendicho Barrio-Nuevo, en que fueron substituìdas.

Pretende que V. S. se sirva de revocar el Auto dè el Alcalde Don Juan Bautista del Cano, en que declaró tocar, y pertenecerle al Convento dicho Legado, y mandó despachar, y que se despachasse mandamiento, para que el Capitan Pasqual Martinez de Velazco, en cuyo poder paran los dichos dos mil pesos, se los entregasse.

1. ANTES DE PASSAR A LAS questiones de derecho, que inciden en el pleyto, serà necessario no omitir el hecho breve de èl, insertando los instrumentos que lo motivan, y el fundamento de la pretension de las dichas Doña Laura, y Doña Maria.

2. En el testamento, que en 15. de Febrero del año passado de 673. hizo, y otorgó el Capitan Francisco de Barrio-Nuevo, en la Ciudad de los Reyes de el Perù, debaxo de cuya disposicion falleciò, legò, y mandò à Doña Catalina de Bendicho Barrio-Nuevo, su hija natural, Religiosa, que entonces era, en el Monasterio de N. Señora de la Concepcion de San Juan de la Palma, en que fueron por su muerte substituìdas Doña Laura Florencia de Bendicho, y Doña Maria Eugenia de Alcazar, sobrinas de el Testador: cuya clausula, que es la que ha dado causa à este Pleyto, se pone â la letra en este Memorial para su mayor inteligencia, que es del tenor siguiente.

3. Item, mando, *que de lo mejor, y mas parado de mis bienes* se saquen tres mil pesos de ocho reales, con mas la cantidad necessaria, para ponerlos libres en la Ciudad de Sevilla, y se entreguen los dos mil pesos de ellos à doña Catalina de Bendicho Barrio-Nuevo, mi hija natural, que está Religiosa professa en el Monasterio de N. Señora de la Concepcion de San Juan de la Palma, â quien se los aplico, demàs de lo que tengo gastado con la susodicha hasta ponerla en aquel estado, y los otros mil pesos se entreguen los quinientos à Doña Laura Florencia, mi sobrina, hija de Lucas de Bendicho, mi hermano; y los otros quinientos à Doña Maria de Alcazar, assimismo mi sobrina, hija de Doña Eugenia, mi hermana: y estos dichos tres mil pesos se ayan de remitir en la primera Armada, despues que yo aya fallecido; *y con la persona que eligiere dicho mi Albazea, y tenedor de bienes:* con cuyo recibo ha de aver cumplido, sin que se le

 pueda

pueda pedir mas cuenta, por ser esta mi voluntad; *y si llegado à España, lo que Dios no quiera, fuere muerta la dicha mi hija*, se apliquē los dichos dos mil pesos, por mitad à las dichas missobrinas; y si faltare alguna de las dos, se herede la vna á la otra; y si la dicha mi hija sobre viuiere à el tiempo de el entrego â las dichas mis sobrinas, herede los dichos vn mil pesos. Y si todas tres fueren muertas, quiero que de los tres mil pesos se funde vn Aniversario de Missas rezadas, que se sirva en la Cofradia de el Santissimo Sacramento de la Parroquia de S. Juan de la Palma de la dicha Ciudad de Sevilla, donde estàn enterrados mis Padres, y yo bautizado, y se apliquen por las Almas de mis Padres, mias, y de los difuntos, à quienes fuere en algun cargo, ò obligacion.

4. Francisco de Barrio-Nuevo, hijo de Francisco de Barrio-Nuevo, testador, diò al Capitan Pasqual Martinez de Velazco, en 24. de Noviembre del año passado de 690. para que se exhiban ante la Justicia ordinaria de esta Ciudad dos mil pesos, con mas quatrocientos que embiò para las costas, y gastos que se ofrecieren sobre declarar à quien pertenece este legado, que los dichos 400. pesos fueron de su proprio caudal para lo referido, motivando esta instiucion el reparo que hizo de que aviendo llegado de la Ciudad de Panamà à la de los Reyes, donde muriò dicho Testador, tuvo cuenta con el Albazea hasta que se le entregaran los bienes del Testador su Padre, que fueron vnas mercerias, que para su venta remitiò à diferentes partes, y su procedido no se pudo recoger hasta el año passado de 685. con alguna pèrdida de ditas, que se hizieron, y que no se pudo remitir el dinero, ni huvo ocasion hasta esta presente Armada, que es en la que se remite, y que si la recaudacion se huviera hecho en tiempo, y quando viuia dicha Religiosa lo huviera percebido, y por su muerte el Convento; pero que no aviendose podido hazer el embìo hasta la presente, y que el defecto no estuvo de su parte, sino de los accidentes de los tiempos, no sabia á quien tocaban los dichos dos mil pesos.

5. Aviendose presentado por parte de dicho Convento

vento heredero que se dize ser con beneficio del Inventario de la dicha Doña Catalina Bendicho de Barrio-Nuevo, Monja que fue en èl, ante el Alcalde D. Alonso Laines de Cardenas, y Thomas Dominguez, Escrivano de su Provincia, en 20. de Março de este año, fee de muerte de dicha Religiosa, que fue en 3. de Octubre de el año passado de 679. y pedidose, que el dicho Capitan Pasqual Martinez de Velazco, con juramento declarasse como era verdad traìa los dichos dos mil pesos, el testamento de el dicho Francisco de Barrio-Nuevo, y su fee de muerte; y que declarado que huviesse, lo exhibiesse todo, y pusiesse de manifiesto ante el dicho Escrivano Thomas Dominguez, quedando embargado en si el dinero.

6. Y aviendose pedido lo mismo por Don Juan de Bohorquez, como marido, y conjunta persona de la dicha Doña Laura Florēcia de Bendicho, y por parte de la dicha Doña Maria Eugenia de Alcazar, ante el mismo Juez, y Juan Francisco Carrera, Escrivano, y acomuladose los Autos, en virtud de vno proveìdo, se presentò por el dicho Capitan Pasqual Martinez de Velazco, testimonio de la referida clausula del testamento, è instrucion, quedando como quedò embargada en el susodicho la cantidad de los dos mil pesos del legado.

7. Hechas diferentes allegaciones por las partes, por la de dicho Convento se presentò vna carta misiva, su fecha de 6. de Febrero de 677. del dicho Francisco de Barrio-Nuevo, hijo del Testador, á dicha Religiosa su hermana, en que parece aver recebido en 30. de Mayo de 76. vna de la dicha su hermana, y en que le dà à entender recibiò sus poderes, à quien le embia â dezir no los ha presentado hasta su tiempo, por tener principiada la demanda con el Albazea, que lo es Ignacio Delgado, sobre que le entregue los dichos dos mil pesos, y los mil de sus primas, que los son estas partes.

8. Assimismo se presentò vna certificacion dada por Don Joseph Bernardo de la Parra, Cavallero del Orden de Santiago, Factor Juez Oficial por su Magestad de la

Real Aduana de la Casa de la Contratacion de las Indias, en que parece, que desde el año de 673. hasta el de 679. han salido, y buelto á estos Reynos de España tres Armadas. La vna â cargo del señor General Don Diego de Ibarra, del Consejo de Guerra, que saliò à navegar por Março de 72. y bolviò el mismo mes de 73. Otra à cargo de el señor General Don Nicolás Fernandez de Cordoba, del mismo Consejo, que salió por Febrero de 75. y bolviò por Março de 76. Otra â cargo de el señor General Don Enrique Enriquez de Guzman, assimismo del Consejo de Guerra, que saliò por Julio de 78. y bolvió por Agosto de el de 79.

9. Con cuyos recados se dixo aver venido tres Armadas, desde la muerte de el Testador, hasta la de la dicha Religiosa, y que en atencion â que el Testador dispuso, que despues de su muerte se remitiesse este dinero en la primera Armada, que con efecto huvo tres, el no averse remitido no le perjudicaba al Convento heredero de dicha Religiosa, y mas quando el Albazea se quiso alçar con el caudal del Testador, como se enunciaba en la dicha carta misiva presentada, por cuya mora, y culpa, no lo recibió dicha Religiosa quando viuia; y respecto de aversele adquirido el dominio de este legado, y transferidose por muerte de el Testador en su hija, y Religiosa, que lo transmitiò al Convento, como su heredero, procedia el entrego de dicho dinero, y que se declarasse tocarle, y pertenecerle.

10. De cuyo pedimento, è instrumentos presentados, aviendose dado traslado á estas partes, por ellas se dixo, que sin embargo de lo alegado, è instrumentos presentados, se avia de declarar pertenecerles el referido legado de dos mil pesos, mandando despachar mandamiento para su entriego: lo primèro, porque en el legado de quantidad, y pecunia numera, como es este, de los dos mil pesos, no se transfiere su dominio por la muerte del Testador, por la incertidumbre, y confusion de la identidad, ni cedia, por ser como es respecto de la Religiosa condicional, por el dia incierto en que avia

de

de llegar el dinero à los Reynos de España, y evento de la fortuna, por poderse hundir la Nao en que venia, por la assignacion que hizo el Testador, de donde se avia de dar el legado, pues dixo de lo mas pronto, y mas parado de sus bienes, y por aver cometido á el Albazea eligiesse, y nombrasse persona que lo traxesse à España, y finalmente por ser como son en este legado substituìdas estas partes, por muerte de dicha Religiosa, que por estos medios no era transmisible à el Convento, â demàs de ser como es vn hijo ficto, y averse de admitir estas partes, por ser mas poderoso el derecho de la substitucion.

11. Concurriendo con esto ser el Convento para con el Testador estraño, y estas partes consanguineas, y parientas, que tienen llamamiento especifico, que esto bastava para ser admitidas á la percepcion de el dinero, con exclusion á el Convento, y no ser como no fue la voluntad del Testador, que el Convento lo percibiesse; pues estando professa por su muerte llamò â estas partes, y en caso de ser muertas, fundò vn Aniversario de Missas, y no hizo mencion de el Convento.

12. Y en quanto â la certificacion què se presentabà no obstaba, porque en la primera, y vltima Armada (aun quando pudiera aver remitido este dinero) no pupudiera traerlo. En la primera por aver llegado â estos Reynos en Março del año passado de 673. y el Testador muriò à 30. de Octubre del mismo año, y que assi en el corto tiempo de quatro meses, que avia desde su muerte à la llegada de la Armada á estos Reynos, por la derrota, y el tiempo, que gasta en la navegacion de baxar la plata, y la tardança que en Porto-Velo haze para la feria, se reconoce que al tiempo de su salida quedaba viuo, y viuiò mucho tiempo despues, y assi lo reconocia la parte contraria.

13. En la tercera, y vltima, por aver llegado en Agosto de 79. y en 3. de Octubre de el mismo año aver muerto la dicha Religiosa, como constaba de la fé de su muerte en el pleyto presentada, en cuya atencion, y de el

el corto tiempo de vn mes, que huvo de intermedio de la llegada â España â la muerte de la Religiosa, no pudiera la susodicha percebir el dinero; pues aunque huviesse dado fondo dicha Armada, primero que se facilitara el desembarcarse, y hazerse los pagamentos, se passaria mucho mas tiempo, como se reconocia en la que de proximo avia llegado à estos Reynos, cuya verdad se verificaba; con que aviendo embiado en esta misma, tercera, y vltima Armada Francisco de Barrio-Nuevò, de su proprio caudal cien pesos â dicha Religiosa su hermana, no los recibiò, sino el Convento, por ser ya muerta la susodicha â el tiempo de su percepcion.

14. Y que en lo que miraba à la Armada de el año de 76. procedia lo mismo, pues ni en esta, ni en las otras (â demás de lo referido) se pudo remitir el dinero, por aver quedado el caudal del Testador en generos, y mercerias, que para su venta fue necessario remitir á otras diferentes partes de las Indias, por no tener, como no tenian salida en la en donde muriò el Testador, que su procedido no se pudo recoger hasta el año passado de 85. como se protestaba justificar.

15. Fuera de que la instruccion de Francisco de Barrio-Nuevo, hijo del Testador, daba à entender esta verdad junto con vna carta misiva del susodicho, su fecha del año de 75. en que assimismo se enunziaba aver quedado el caudal de su Padre en generos, y estos no vendibles en el Lugar donde muriò. Cuya carta à pedimento de estas partes, y por mandado de el Alcalde D. Alonso Laynes de Cardenas, quien conociò de este pleyto, fue reconocida por parte de dicho Convento, y su Abadesa, quien assimismo declarò, que la partida de los dichos cien pesos, que à dicha Religiosa embiò su hermano, los recibiò estando ya muerta la susodicha.

16. Y que en quanto á la carta misiva presentada por su parte, en que daba à entender Francisco de Barrio-Nuevo, tenia principiada demanda con el Albazea, sobre el entrego de los bienes, no era digna de atencion por ser del susodicho, quien embiò la presentada por

estas

estas partes, y referida instruccion, en que se reconocia lo contrario, fuera de que aun quando la instruccion, y carta misiva, remitida à estas partes, contuvieran lo mismo, que la que embiò â su hermana; siendo como es hecho de el dicho Francisco de Barrio-Nuevo, hijo de el Testador, no pudiera perjudicarles á estas partes.

17. En la mora que se supone huvo en el Albazea, no ay justificacion alguna, antes si se enunciaba lo contrario en los Autos, y que era de poco embarazo lo que se dezia de que el Testador dispuso, que en la primera Armada, despues de su muerte, se remitiesse el dinero; porque el Albazea no pudiendo, como no pudo remitirlo entonces, por lo que estava alegado, en no averlo hecho assi, no incurriò en mora; con que por todos medios procedia la pretension de estas partes.

18. Aviendose intentado articulo de prueba ordinaria de dos años, para la Ciudad de los Reyes de Lima, para justificar el hecho alegado de que no huvo mora en el Albazea, y que los bienes del Testador quedaron en generos, efectos, y mercerias, la poca salida que tenian en ella, lo necessario que fue el remitirlos á otras diferentes partes; y que su procedido no se pudo recoger hasta el año de 85. y esso con muchas pèrdidas de ditas; y contradichose por la de el Convento, concluso en este articulo. Vistos los Autos por el Alcalde D. Alonso Laines de Cardenas, proveyò vno, en que recibió este pleyto, à prueba vltramarina con termino de vn año para la dicha Ciudad de los Reyes.

19. De este Auto interpuesta apelacion por parte del Convento para V.S. fue servido de revocarlo, con la qualidad de por aora, y que el Alcalde determinasse en lo principal, como hallasse por derecho, de que por estas se suplicò, pretendiendo su confirmacion, insistiendo en lo que tenian alegado que reproducian; y concluso ante V.S. En la vista aviendose remitido en discordia à los señores de la otra Sala, se confirmò el Auto de vista, en cuya virtud de buelto el pleyto al Alcalde, por su ausencia, Don Juan Bautista de el Cano, proveyò el refe-

rido, de que han apelado en tiempo estas partes, pretendiendo su revocacion, y que V. S. se sirva de declarar tocarles, y pertenecerles este legado: mandando se dè el despacho necessario para su cobrança; y quando esto lugar no aya por aora, al menos se sirva de recibir este pleyto à prueba ordinaria para la dicha Ciudad de los Reyes, atento á aver sido la denegada con la qualidad de por aora.

20. Assentado el hecho de este pleyto, entran estas partes con la cortedad de su Abogado, discurriendo en los fundamentos juridicos, que les assisten á su justa pretension, sirviendo las mismas alegaciones de la parte de el Convento de su mayor justificacion.

21. Alegóse que este legado de los dos mil pesos cediò por la muerte de el Testador, y se le transfiriò el dominio á la ley *Atitio, ff. de furt. y las 34. y 35. del tit. 9. part. 6.* sin reparar que estas leyes vàn hablando de el legado puro, y de el de in genere, vel especie, no de los legados de dinero quantidad, y pecunia numerata: porque en este no passa el dominio por la muerte del Testador: *Surd. Cons.* 300. *num.* 15. *Herm. in glos.* 2. *leg.* 55. *tit.* 5. *part.* 5. *al num.* 17. *in fine. Gratian. discept. foren. cap.* 400. *num.* 1. & 2. & *D. Olea de Jess. iur. tit.* 4. *quæst.* 5. *num.* 6. Dando la razon los Authores referidos, que es, la incertidumbre, y el no saberse qual sea la cantidad legada, y lo que mas es, qual fue identicamente la que mandò el Testador; y assi de este legado de quantidad, y pecunia numerada, no se transfiere dominio à morte Testatoris, aunque sea dexado locis pijs & Ecclesijs: *Cum natura talium legatorum non patiatur translationem absque traditione per incertitudinem super qua lex non potest fingere istam acquisitionem ipso iure*; que son palabras expressas de Gratiano en el lugar citado.

22. Además de que los legados de genero, ò especie, cuyo dominio se transfiere por la muerte del Testador, son los per vindicationem, segun *el Señor D. Iuan del Castillo en el* tractado de vsu fruct. cap. 9. per totum, & præcipuè in num. 11. porque los per damnationem, su

translacion de dominio es per rei tradditionem post additam hereditatem: pero serà de mas este reparo, quando no estamos en estos terminos, sino en distinta especie de legado, que es de pecunia numerada. Luego sino se le transfiere â la Religiosa el dominio de este legado por muerte de Francisco de Barrio-Nuevo, su Padre, y lo mas que pudiera tener viuiendo era vna accion hypotecaria á la ley 1. *Cod. comm. de legat. y su glosa*, y que el Convento como su heredero no puede tener mas derecho que el que tenia la Religiosa; no teniendo esta mas que vna accion hypotecaria, ò vn ius querendum, mal puede dezir el Convento que es dueño de este legado, y que en èl por su muerte està trasladado el dominio. Y que tiene vn ius quesitum.

23. Y no solo esto, sino que, ni aun accion tiene para pedir, porque si algun derecho tuviera á este legado fuera solo el de la transmision, por aver muerto dicha Religiosa *in tempore agnitionis legati*, y no estar diferido por no aver avido tradicion, y siendo como fue respeto de la Religiosa condicional, y estas partes en èl substituìdas sobrinas hijas de hermano, y hermana del Testador, no tiene lugar la transmision, ni fundamento juridico su pretension, por aver caducado para con el Convento, y llegado aora el caso de la substitucion.

24. Lo primero, porque en la suposicion de que la transmision es solo por tres derechos, de suidad, de sangre, ò de deliberar, por ninguno de estos se transmitiò este legado al Convento por muerte de la Religiosa, pues aunque *Gomez tom.1. var. cap.9. num.10.* Lleva que el Religioso transmite al Convento el legado, ó herencia si muriere *in tempore deliberationis*. Y antes de la tradicion, và hablando en herencia, ò legado puro, que ni aun en estos terminos dà razon mas, que tenerse el Convento en lugar de hijo, que queda destruìda con otros fundamentos mas legales, y sin detenerse estas partes en fundar, que no ay aqui derecho de suidad, por ser dicha Religiosa hija natural *tantum* de el dicho Francisco de Barrio-Nuevo, en que se conforma la otra parte (y que,

aunque por la disposicion de derecho comun à la ley *humanitatis Cod. de natur. liber.* no tenia el hijo natural derecho de sucession ab intestato en parte alguna à los bienes de su Padre: por *la auth. licet. vers. ab intestato, Cod. eodem* faltando hijos, y muger legitima de el Padre, sucedian en dos onças, y por *la ley 9. tit. 13. part. 6.* etiam extante coniuge legitima, sucedia en las dos onças, y que por testamento podia ser instituido en la mitad de la herencia à la ley humanitatis ya citada: y por la authentica licet, in principio, Cod. eodem titulo de natur. liber. podia el Padre dexarle todos sus bienes; y oy por la ley novissima del Reyno, que es la 10. de Toro, no està el Padre obligado â dexar instituìdo â su hijo natural tantum por heredero) no siendo suya heredera del Padre, mal puede por este derecho transmitir al Convento.

25. Por los derechos de sangre, y de deliberar tampoco, pues aunque de el de sangre tuviera dicha Religiosa, por aver sido hija natural tantum del Testador, y este baste para la transmision â la *lei vna Cod. de his qui ante apertas tabulas.* Esta ha de ser à los hijos, y descendientes legitimos de legitimo matrimonio à la ley citada: *Ibi in liberos suos cuiuscumque, sexus fuerit aut gradus derelictam sibi hereditariam portionem posset transmitere.* Y se comprueba con lo que dize Gomez *tom. 1. var. cap. 9. num. 48 in fine: ibi ad hoc vt ista transmitio virtute, & iure sanguinis habeat locum, & procedat requiritur, quod hereditas de cuius successione tractatur sit alicuius ascendentis, item quod ille qui debet transmitere, sit deliberis & descendentibus eius, item etiam quod ille in quem fit transmitio, similiter sit deliberis & descendentibus:* que la palabra *in liberos suos*, se entiende de hijos legitimos de legitimo matrimonio à la ley *filium. 6. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur.* y se corrobora con el lugar citado de Gomez in princio donde dize no darse derecho de transmision para con la linea ascendiente colateral, ni estraña, sino solo para con los hijos, y descendientes: y lo mismo la *glosa in dicta leg. vna:* Luego si la transmision no sè dà para con la linea ascendiente transversal, ni estraña,

sin

ſin embargo de aver en las dos primeras derecho de ſangre, reſpeto de el tranſmitente. La tranſmiſion ha de ſer â hijos, y deſcendientes legitimos: que aſſi los llamò el Derecho civil, ſegun la ley filium 6. ya citada; en cuya conſideracion, aunque el Monaſterio ſe tenga, ò tuviera en lugar de hijo de la Religioſa, ſiendo como fue vn hijo civil, y ficto. *Gloſ. in auth. niſi rogati, Cod. ad trebel.* No puede obrar, ni cauſar los miſmos efectos, que el natural, y conſiguientemente mal puede darſe este derecho de tranſmiſion, en el Convento no ſolo por el de ſangre, pero ni por el de deliberar, pues eſte ha de ſer aſſimiſmo â ſu ſucceſſion legitima de el que tranſmite, ley *cum in antiquioribus Cod. de iur. deliber. ibi: prędictum arbitrium in ſucceſſionem ſuam tranſmitat*: que es la legitima como queda fundado.

26. Pero aun quando procediera el lugar de Gomez, de la tranſmiſion en el Convento, y ceſſaràn los fundamentos que de lo contrario llevan aſſentados eſtas partes, no ſolo por ellos, ſino por aver ſido el legado que dexò Franciſco de Baraio-Nuevo, á ſu hija natural, reſpeto de ella condicional; debiera deſeſtimarſe la pretenſion del Convento; y que ſea condicional reſpeto de la Religioſa, es llano lo primero: porque aviendo teſtado el dicho Franciſco de Barrio-Nuevo, en la Ciudad de los Reyes, en donde muriò; y la Religioſa en eſta Ciudad, como es conſtante en el pleyto, y aviendo de remitirſe el dinero en Nao, y embarcacion, y no ſabiendoſe fixamente quando la avia de aver, ni quando avia de eſtar de pronto el dinero para poderſe remitir; eſta incertidumbre, y dia incierto, hizo condicional ſu diſpoſicion, y el legado, *leg. 1. in principio, ff. de cond. & demonſt. leg. dies incertus, ff. eodem.* ibi: *dies incertus conditionem in teſtamento facit.* Y mas en terminos la *ley, ſi Pater Cod. de inſtit. & ſubſt.* Cuya eſpecie es Tiſio teniendo à Caio ſu hijo auſente. Vltra, vel trans mare, en el teſtamento que hizo en la Provincia Mauritania, lo inſtituyó por heredero debaxo de la condicion ſi bolvieſſe el dicho Caio ſu hijo à la Patria, y Provincia Mauritania, dudòſe

si valga esta institucion si in patriam rediset, por ser condicion potestativa que puede poner el Padre en la institucion de heredero al hijo, *leg. suus in princip. & §. puto, & leg. iam dubitari, ff. de hered. instit. leg. fin. de cond. instit. & leg. Lutius Titius. de cond. & demonstr.* Aunque no pueda la casual, ni mixta, por esta misma ley si Pater; ya bargumento la *quoniam in prioribus Cod. de in of testam.* y consultado el Emperador Alexandro, decidiò moria Tisio intestado, dando la razon de que aunque fuesse instituido Caio, con condicion potestativa si in Patria rediset, embebe en si la Casual sinavis venerit. Por el evento de la fortuna, y la incertidumbre de poder venir à la Patria, por los accidentes de los tiempos de poderse hundir, y no llegar à salvamento. Y para mayor ponderacion de este texto, y su glosa, se ponen â la letra sus palabras dignas de toda atencion, por se muy en los terminos de el legado sobre que se litiga: *Si pater filium quem in potestate habebat sub conditione, quæ in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, nec in defectum eius exheredauit, iure testatur non videtur. Cum autem transmare, & longe te agentem sub hac conditione heredem scriptum esse dicas, si in patriam quæ in prouincia Mauritania erat, regresus fuisses nec exheredatum te alleges, si in eum locum non redises: manifestatum est multis casibus, non boluntarijs, sed fortiutis evenire potuiße vt eam implere non posses & in omnibus á adire hereditatem non prohiberis.* Y la glosa de Acursio, *si tamen vltramare fuerit, & eum instituisti, si in prouinciam suam rediret, cum hoc non tam ex voluntate sua pendeat, quam ex incidijs fortunæ quia multi casus accidere possunt, per quos redire impediatur, non valebit institutio sed hereditatem tuam adeat ab instetato cum non valeat testamentum; quia institutio facta sub conditione casuali si navis venerit ex Asia, non valeat, nec testamentum:* Luego si en la especie de este texto el aver de passar el mar, y llegar la Nao, es condicion, *siquidem prouenit ex fortunæ incidijs*, testando como testò Francisco de Barrio-Nuevo, en la Ciudad de los Reyes de los Reynos de el

Perù,

Perù, y aviendo de traer los dos mil pesos, que legò, á esta Ciudad â entregar à quien, ò quienes tocare; y esto no de otra forma que en embarcacion de Nao, y teniendo esta el peligro conocido de poderse hundir, ó de enemigos, parece no queda duda, en que sea condicional, y si los legados cõdicionales *dum pendet conditio*, son intransmissibles á los hèrederos de el legatorio, leg. *si post diem quando dies legat. ced. leg.* 1 *§. sin autem Cod. de caduc. tolend.* Aviendo muerto dicha Religiosa por el año de setenta y nueve, antes de el embio de el dinero, que fue aora en esta vltima Armada, mal pudo transmitirlo al Convento, no aviendose purificado por entonces todavia la condicion.

27. El segundo medio por donde sea condicional este legado es, por la assignacion que hizo el Testador, de donde, y de què se avia de pagar, pues dixo *de lo mejor, mas pronto, y bien parado de mis bienes*; que esta assignacion induce condicion, *leg. cum certus 5. de tritico vino vel oleo legato*, y su glosa, cuya especie es de vn Testador què legó 100. amphoras de vino de el que produxere el fundo Semproniano; y aviendo nacido de este menos fruto que las 100. amphoras, consultado Juliano resolviò *non amplius debere placuit, & quasi taxationis vicem obtinere hæc verba, quod natum erit*: de donde se sigue que la assignacion que haze el Testador *vnde solvatur legatum*, como fue la dela ley cũ certus, ibi: *ex eo quod in fundo Semproniano, natum esset* haze condicional el legado; pues en la especie propuesta solo las amphoras que produxo el fundo fueron las que se dieron, y no todas las que dixo el Testador; porque assignando de donde se avian de pagar, se entiende la condicion si las produxere el fundo, *& quasi taxationis vicem obtinere hæc verba*; luego es condicion: Luègo el dezir Francisco de Barrio-Nuevo, en su testamento *de lo mejor, y mas bien parado de mis bienes, &c.* hizo su disposicion condicional.

28. A esto parece obstar el texto en la ley *quidam testamento*, 99. de legat. 1. en donde la assignacion *vnde solvatur legatum*, mas espuesta *demonstrationis gratia*,

que

que condicional, la especie es de vn legado de 400. oros dexado à Pamphila assignando el Testador de donde se avian de pagar, y aviendo sobre viuido el Testador, despues de hecho el testamento, en cuya voluntad permaneciò, y convertido en otros vsos en lo que assignó la paga de los 400. oros decide el mismo Consulto Juliano, *demonstrare potuis heredibus voluisse, vnde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quam conditionem fiaet commisso in iecisse, quod initio pure datum esset, & iaeo quadringenti Pamphilæ debentur.*

29. Pero discurriendo en estas (al parecer antinomia) los Authores, entre otros, Juan Garc. de expens. cap. 4. â num. 34. vsque ad 37. quien despues de referir algunas opiniones trayendo el texto de la ley *quidam* citada, *la firmio, y la ex his verbis, ff. quando dies legat. ced. y la ley si sit* §. 1. *de legat.* 1. concordantes, entra con vna distincion, que es dezir, si despues de estar hecho, y perfecto el legado, en clausula â parte post temporis intervalum se hiziere la assignacion, entonces es demonstrationis gratia; pero si la assignacion fue in initio legati vnica oratione, es condicional: *Ibi reuera in proposito est elegans decisio ad nostram quæstionem in qua receptior sententia est, quod si legatum donatio, vel concessio, & assignatio personæ, vel loci, sint in duplici, & diuersa oratione, & sub diuersis verborum conceptionibus, quod talis assignatio inducit demonstrationem, ac subinde, quod legatum omnino de beatur, si vero vnica verborum conceptione, & vnica oratione, vtrumque contineatur, quod est taxatio, vel conditio:* Citando en esta misma opinion á Gigas. de Penz. en la quæst. 62. Bart. *in leg. inter stipulantem* §. *sacram de verb. obligat.* Paul. & Alexand. in leg. *sticum qui mens erit de legat.* 1. Salicet. & Bald. *in leg. si quis argumentum* §. 1. *Cod. de donat.* y otros muchos que no repito, con vna decision antigua de Rota, que es la 11. en el titulo de *testam.* que empieza *lego pro anniversario annali*, aunque Garzia en el lugar citado al num. 39. lleva tambien que hecho el legado con dos oraciones, si son necessarias para su perfeccion será taxacion, ò limitacion, ò condicion.

cion. Y el señor Don Juan de el Castillo, *lib.4. contr. cap.54. num.17.* conformandose con la distincion, y opinion de Garcia, que confiessa es la mas verdadera, refiriendo la de Pedro Salazar *in Commentar. de vsu & consuetudine, cap.11. num. 20.* dize estas palabras: *Ea omnia sic conciliari vt distingui debeat, aliud esse cum quis pure legauerit, & posteà designauerit vnde solvatur, tunc namque legatum conditionale non est, nec vt restringatur, adjicitur, vnde solvatur aliud vero esse vbi ab ipsam substantiam in ipsa ve substantia legati, locus aut res demonstratur iuxta text. in leg. cum certus de vin. trit. & oleo legat.* y despues de repetir las palabras de este texto, prosigue el Author: *Et subdit, Bartolum, communiter receptum, sic docuise, atque distinguendo conciliasse iura contraria, in dicta leg. quidam testamento: vbi in summario eius leg. scripsit, designatio vnde legatum solvatur, post legatum relictum, ipsum conditionale, non facit.* Con lo qual quedan entendidos los textos de la ley quidam, en cuya especie la assignacion fue en clausula à parte post perfectum legatum, como se reconoce de èl mismo, pues despues de aver legado el Testador los 400. oros â Pamphila, hizo la assignacion: *Ibi ita vt infra scriptum est ab Iulio actore aureos tot. & in castris quos habeo tot. & in numerato, quos habeo tot.* y de la ley *cum certus*, de hazer la assignacion in initio legati vnica oratione, que induce condicion, aunque en la quidam fuesse demonstrationis gratia.

30. Conciliados estos textos, dada su verdadera inteligencia, y entendidas sus decisiones, dizen estas partes, este legado de 2ꝟ. pesos es tambien por el medio de la assignacion que hizo el Testador de donde se avia de pagar, condicional; pues si lo es, como queda fundado, quando el Testador assigna de donde se aya de pagar, in eius initio, aviendo dicho Francisco de Barrio-Nuevo, *de lo mejor, y mas pronto de mis bienes se saquen 2ꝟ. pesos*, y esto tam in initio legati, que primero haze la assignacion, que dexarselos â su hija substituída, todo vnica oratione, como parece de la clausula de el testamento,

pre-

presentada en el pleyto; queda bien claro lo condicional de este legado.

31. El tercero, y vltimo medio por donde sea condicional, es por aver dicho el Testador que su Albazea eligiesse persona que traxesse el dinero; pues dixo : *Y mi Albazea eliga , y nombre persona que lleve los 2U. pesos à entregar, &c.* Esta question tocan los Authores con el texto in leg. 1. de legat. 2. sobre si el legado dexado à arbitrio de tercero sea condicional, ó modal ; y suponiendo primero *que la ley* 1. *de legat.*2. trae dos partes , y en ellas quatro casos que explica su glosa, el primero quando se confiere en voluntad tacita de otro, hoc est sub conditione intrinseca: v.g. Legò à Titio 10. si ascendiere al Capitolio, otro, quando en voluntad expressa de Seio, se lega â Tisio; id est, *si Seius voluerit, lego Titio* 10. que este no vale, aunque si el primero, el tercero quando lo que se lega se dexa arbitrio tertij, como quando se dize lego 10. à Caio, si á Seio le pareciere. Y el quarto quando la cantidad legada es incierta, y su declaracion se dexa â arbitrio de otro, que es la segunda parte de la ley 1. Y omitiendo las varias opiniones que ay sobre la inteligencia de este texto, pues vnos dizen, que quando el arbitrio es dexado á la substancia del legado es nulo , pero quando à la execucion condicional ; y otros , que la condicion intrinseca se puede poner en el legado arbitrio tertij , mas no la voluntaria : Passo à la doctrina de Peralta en el tratado de legat. sobre esta ley 1. de legat. 2. quien latamente toca la materia de que al num. 93. versic. quibus explicitis, hablando de la segunda parte leg. 1. ya citada (por tener dos que se dividen en los quatro casos de la glosa) dize que el legado dexado à arbitrio de tercero es condicional *respectu tractus futuris temporis*, que importa condicion , y en el versiculo *resolutio itaque*, de este num. 93. final : *Resolutio itaque in istius legis interpretatione est quod legatum certum, factum, vel collatum in arbitrium tertij, est conditionale, propter conditionem tacitam, & sub intellectam ac si conditio arbitrij, vel si fuerit arbitratus , foret expressa , & vtroque*

modo legatum conceptum, vel relictum valet conditionaliter & suspenditur in eventum conditionis, sicque interim non dum sequto arbitrio est in transmissibile ad legatarij heredes. Secundum quæ cessant ambages, & manet communis intellectus appositissimé explicatus, & resolutus vsque ad prima istius materiæ principia. De donde se sigue que siendo legado cierto el de este pleyto pues fue de 2ꝑ. pesos: cometida al Albazea la eleccion de la persona que los avia de traer á España, este arbitrio lo hizo condicional, y quedò insuspenso hasta que arbitrara el Albazea en la eleccion.

32. Fuera de que quando el legado se dexa con condicion intrinseca arbitrio tertij, vale, y es condicional segun el texto de la ley 1. y como dize el mismo Author Peralta en el lugar citado al num. 15. in fine, es condicion, y si muere el legatorio antes que arbitre el tercero no lo transmite à sus herederos; y en el versiculo extat. ergo in fine de el num. 91. *in vltimis voluntatibus, qualibet conditio etiam resolutioni, vel executioni ad iecta suspendit substantiam dispositionis, intelligi enim debet, quo ad non transmitionem, id est quo ad impediendum illam & ita propriè loquitus dictus, §. quidam Titio, & dicta lex si legatum vt predixi.* De donde se saca la ilasion de que siendo este arbitrio debaxo de otra condicion intrinseca, como es la assignacion, dia incierto, y evento de la fortuna, propriamente es condicional (aun quando no lo fuera por el arbitrio solo) y consiguientemente intransmisible ante eius purificationem *omnis enim conditio tacita ex testamento proueniens suspendit dispositionem, & ex consequenti impedit. transmitionem*: dize cum Bart. in leg. conditiones extrinsecus de cond. & demonstri. ad finem tituli: y otros, Peralta en el versiculo quibus explicitis de el lugar citado; luego conteniendose estas palabras: *y mi Albazea eliga, y nombre persona que lleve este dinero*, debaxo de vna condicion tacita testamentaria *si navis veneit*, dado caso que ellas per se no induxeran condicion (que la inducen como queda fundado) esto les bastara para hazer el legado condicional, è intransmisible, antes

que arbitrasse el Albazea en la eleccion de la persona, que no hizo viuiendo la Religiosa, por no poder como està alegado, y en el interin estar insuspenso, la voluntad de el Testador que en todo se debe observar, leg. *in conditionibus de cond. & demonstr.*

33. Fundado lo condicional de este legado por los medios referidos de el dia incierto, evento de la fortuna, assignacion, y advitrio cometido al Albazea para la eleccion de la persona q̃ avia de traer el dinero, que qualquiera de estos medios bastára para que lo fuesse, queda desvanecida la pretension del Convento, aun quando no fuera como es hijo ficto respeto de la Religiosa; pues no ay en los terminos de este pleyto derecho que pueda representar, pues el de la transmision, que es el que se supone tener; y el fundamento total de sus defensas no lo ay, como queda assentado, y mas se fundarà en adelante.

34. Hase dicho por la parte de el Convento que en la transmision de la herencia, y legado, ay diferencia; quando en los terminos de legado es en lo que ván hablando los lugares citados, sin aver alguno en lo que mira á la transmision, como assimismo lo dá por assentado *Menochio de præsumpt. vlt. volunt lib. 4. præsumpt. 201. per totam, & præcipuet. num.* 11. *y al* 12. *con Jason in leg si infanti num.* 19. *Cod. de iur. de lib. Ruin. cons.* 22. *num.* 15. *& cons.* 39. num. 7. & 8. que los legados, y fidei commissos, se transmiten vt aceptanda, & agnoscenda, y al *num.* 13. *& idem dicimus de hereditate quæ cum transmititur, regulariter transmiti dicitur vt adeunda non autem vt adita.* Y assi no ay diferencia en la transmision de la herencia, y legado, mas que ser en la herencia in tempore deliberationis, y en el legado in agnitionis tempore, que solo difieren en el nombre; porque en la sustancia de la transmision es todo vno, y muy legal sin duda alguna.

35. Y si alguna diferencia quisieramos dar, y fuera la que trae Menochio in lib. 4 *præsumpt.* 130. de que los legados se transmiten á los herederos estraños, esto (ademàs que tiene muchas limitaciones que trae el mismo

Author Menoch. in dicta præsumpt. 130.) se entiende quando el Testador dixo *lego Titio & heredibus eius*, que entonces la palabra *& heredibus eius*, se estiende hasta los estraños; pero quando legó á Tisio tantum, solo se comprehenden los hijos legitimos de Tisio, como sus legitimos herederos para la transmission, como lo dá por assentado en el lugar citado, y la ley vna Cod. de his qui ante apert. tab. y la cum in antiquioribus Cod. de iur. deliberand. entendidas con la filium 6. de his qui sunt sui vel alien. iur. ya citados.

36. Y por si acaso tambien se dixere con Menoch. en la presumpcion 201. num.15. y siguientes, y Julio Capon. discept.311. num. 14. y 15. que la condicion intrinseca, y necessaria, no impide la transmission, y que assi el dia incierto, y evento de la fortuna no la estorva por ser condicion intrinseca, y necessaria. Se responde con la decision de la ley 1. de legat.2. y el lugar de Peralta supra citado, en donde la condicion intrinseca vale como condicion, luego dum pendet. in transmissible el legado: fuera de que el mismo Menoch. num.58. y 59. en el lugar citado entre otras limitaciones, es vna, que quando la tacita condicion ex legis dispositionis, vel ex natura rei, & actus, mira à la substancia de la disposicion, que en este caso impide la transmission; y si el dia, y evento omnino incierto que avia en la remission de los 2ꝟ. pesos, mirò à la substancia del legado (pues no de otra forma valdria, y subsistiera que llegando á estos Reynos de España) fue condicional quia conditio tacita diei incerti, & eventus fortunæ in est substantiæ legati, junto con esto otra limitacion del mismo Autor en el lugar citado, de que quando consta de contraria mente, y voluntad de el Testador, que quiso que la tacita condicion, intrinseca, y legal, no impida la transmission, no la impide, y esto mismo tenemos en el pleyto: pues professa la Religiosa le dexa los 2ꝟ. pesos por su muerte â estas partes, y en su defecto fundado vn Aniversario, sin hazer memoria de el Convento, que esto basta para prueba de la presunta voluntad de Francisco de Barrio-Nuevo, y que no sea transmissible al Convento, que aunque lo pudiera

ſer que en los terminos de el pleyto ſe niega, la pudiera impedir el Teſtador; pues puede hazer intranſmiſſible lo que tranſmiſſible fuera de ſu naturaleza con la *conditiones quæ extrinſecus de condit. & demonſtr. trenta cinq. de ſubſt. part. 4. cap. 4. num. 4. & latiſſime D. Ioann. á Caſtillo. lib. 4. controv. cap. 55. verſic. ſané fidei commiſſum*, & nu. 69. verſic. quinta coniectura & Menoch. in loco proximo citato.

37. Ademas de que la condicion de eſte legado es vna condicion intrinſeca contingible, *quæ habet ſe ad eſſe, & non eſſe, & potuit impleri vel non*: por los accidentes de los tiempos, y eſta haze el acto, y legado condicional, aunq̃ no la condicion neceſſaria, ſegun la doctrina de Gomez *tom. 1. var. cap. 12. num. 63.* quien aſſimiſmo trae la diferencia de eſtas condiciones, que la vltima dize no haze el acto condicional, porque ſegun el curſo de la naturaleza omnino debe cumplirſe, y purificarſe; y aſſi queda ſatisfecho à eſte reparo, que para mas claridad de la juſticia de eſtas partes no dexò paſſar mi cuydadoſa atencion.

38. Fundaſe en mas la pretenſion de eſtas partes, y es en aver ſido ſubſtituìdas en los 2ꝟ. peſos por muerte de la Religioſa (ademas de aver ſido reſpecto de ellas condicional; y que lo ſean ès claro, pues dixo el Teſtador: *y ſi llegado á Eſpaña (lo que Dios no quiera) fuere muerta la dicha mi hija, ſe apliquen los dichos 2ꝟ. peſos por mitad a las dichas mis ſobrinas, &c.* (que ſon eſtas partes) Con que eſtando ſubſtituìdas en eſte legado *poſt mortem filiæ ſuæ*; Muerta la Religioſa antes de llegar el dinero á Eſpaña; mal pudiera tranſmitirlo al Convento tambien por eſte medio, por ſer el derecho de ſubſtitucion mas poderoſo que el de tranſmiſſion, y los legados en que ſe dèn ſubſtitutos no ſe tranſmiten â los herederos de el legatario: à contrario ſenſu: ley ſi legata Cod. de legat. ibi: *Si legata relicta prius legatarius agnouit, ſubſtitutio eorum in perſona Pontianæ facta evanuit*: luego ſi non agnouit legatum, ſe admite el ſubſtituto; y mas expreſſo texto el de la ley *ſi ita legatum, §. illi ſi volet de*

legat. 1. que no solo en las herencias se dà esta substitucion, sino tambien en los legados, como se comprueba de los textos citados, y de la *vt heredibus de legat. 2. vt heredibus substituti potest. ita etiam legatarijs*, que es lo que por parte de el Convento se ha dudado hasta aora.

39. Muy en los terminos de el pleyto la question, y controversia que los Authores mueven *con la ley cum Abus de cond. & demonstr. la acutissimi, Cod. de fidei comm.leg.generaliter, §. cum autem Cod. de instit. & subst. leg si vnquam, Cod. de reuocand. donat. y la* 10.*tit.*4.*part.*6. cuya desposicion favorece á los hijos de el instituìdo, gravado á restituir â otro para que esta cesse, y ellos sean admitidos expressumptamente testatoris) passando â discurrir, vtrum, esta tacita condicion si sine liberis decceserit: se practique en el Convento quando el hijo gravado entra en Religion excluyendo el substituto, y no admitiendo al fidei commissario; y en el supuesto de que la mas comun opinion es, se excluye el Convento sin poderse admitir, sino es que el Testador expressamente lo llamò: Espino *de testam.*glos.14.num.125. hablando de la exclusion de el Convento, quando es substituta causa pia, dize: *Ita etiam si filius testatoris sit substitutus, quia in hoc casu Monasterium non habetur loco filij; y al n.*127. *deducitur etiã quod si decendens grauatus post mortem restituere ingrediatur Monasterium, & decedat sine liberis, non habet locum tacita conditio si sine liberis, nec tali casu potest succedere Monasterium, sed substitutus debet succedere. Nam textus in cap. præsentia habet locum in expressa conditione si sine liberis deceserit non vero in tacita, & sub intellecta, quæ dumtaxat intelligitur fauore filiorum naturalium, non vero fauore Monasterij, quod non habetur loco filij nisi in casibus á iure expressis.* Que el Monasterio no teniendose por hijo, sino solamente en los casos expressados por derecho, pues en este, solo es hijo ficto à la glosa *in auth. nisi rogati,* ya citada, y que el hijo ficto no impide la substitucion por el lugar citado; y mas expresso texto en la ley *fidei commissum de cond. & demonst.* y la *siquis ita §. is cui delegatis* 2. es clara la exclusion que

tiene

tiene en su pretension, y mas quando falta la causal, para que pudiera admitirse que es la de la ley *cum acutissimi* citada, *ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere*: que de admitirse el Convento tam quam filius fictus, se falsificara esta ley, por ser respecto de el Testador estraño, y estas partes consanguineas en quienes se dà derecho de agnacion, y cognacion, por ser sobrinas hijas de hermano, y hermana de el Testador, sin que pueda estenderse la ficcion legal â hazer el Convento nieto de Francisco de Barrio-Nuevo, por no aver ley que tal diga, que â averla no dudo pretendiera como su heredero todo el caudal que dexò; y lo que mas es, que el tenerse por hijo de la Religiosa es solo para que quidquid acquirat, Monasterio acquira, y esta acquisicion pura, y sin substitucion.

40. Pondràse por la parte contraria la objecion de que aviendo la Religiosa embiado á su hermano Francisco de Barrio-Nuevo, los poderes para la percepcion de el legado, ya eum agnouit, y acepto, y que assi tam quam ius quesitum, tiene dominio el Convento como heredero de la Religiosa en este legado quizàs fundandose en la ley *si legata Cod. de legat.* citada, de que si el egatorio legatum agnouit, espirò la substitucion. A que se responde lo primero, que la justificacion que ay de averse remitido los poderes, es solo lo que dize Francisco de Barrio-Nuevo, hijo de el Testador, en la carta que embiò à la Religiosa su hermana, que es la presentada en el pleyto de que recibiò su poder, sin saberse hasta aora que poder fue, y para que efecto. Lo segundo, que aunque dixera el dicho Francisco de Barrio-Nuevo, que era para cobrar los 2ꝟ. pesos de el legado, tampoco avia justificacion; pues la declaracion de el susodicho, no pudiera, ni puede perjudicar â estas partes terceras interessadas, *cap. 1. de confess. leg. optima Cod. de contrah. & commit. stipulat.* Antonio Gomez *in leg. 45. Taur. num. 85.* y el señor Salgado *de Reg. protec. 4. part. cap. 8. num. 345. & in labyr. 3. part. cap. 13. num. 13.* y assi no se debe estar à su declaracion. Lo tercero, por ser como assimismo

es vna declaracion extrajudicial, què por este medio tampoco prueba; *leg.4.& leg.fin.tit.13.part.3.&* ibi: *D. Gregorio Lopez farin.tom.3.pract.quæst.82. num.1. Font. decis.258.per totam, y Gomez tom. 1. var.cap.12. num. 81. versic.ex quo notabiliter sub infertur.*

41. Lo quarto, porque aun quando el poder.que sè supone remitido fuera bastante para la agnicion, y estuviera justificado, importara poco, porque si post agnitionem legati tiene el legatorio verdadero, y proprio dominio, *leg.si fundum sub conditione §.si Titius de legat. 1 leg.Titius 1. cum duabus seqq.ff.de accion.empt.* (que segun la mas comun opinion se entendia post aditam hereditatem, pues antes de esta adicion no valian los legados, porque anulados los testamentos propter. non additionem §.1.inst. de hered. quæ ab intest. de fer. se anulaban los legados tam quam partes, & sequelæ ipsius testamenti) excepto en las causas de pretericion, y exheredacion auth. ex causa Cod. deliber. preter. por cuya razon se requeria adicion para el verdadero dominio, aunque lo tuviesse ficto â morte testatoris: y que oy cessara esta razon por la de la ley 1.tit.2.lib.5.ordinam. y de recap. *la* 1.*tit*.4.*lib*.5.que disponen valer el testamento en quanto á los legados, aunque el heredo no ada: ningunas destas disposiciones pueden obstar por hallarnos ên caso muy diferente, pues sè entiende en los legados de especie, no en los de dinero, y pecunia numerada: porque en estos es menester para la acquisicion de el dominio la tradicion, sin ser bastante la agnicion, por la incertidumbre, y confusion, como està fundado.

42. Fuera de que aun en los legados de especie se entiende la acquisicion de su dominio,quando son legados puros, no empero quando condicionales,ò con substitutos; porque en estos, aunque se transfiera el dominio â morte testatoris, y aya agnicion de parte de el legatario, muerto este ante conditionis purificationem; no lo transmite â sus herederos, antes si se haze caduco, y para el heredero del Testador, sino es que tuviesse substitucion: es ley de el Reyno 34. tit. 9. part. 6. ibi:

E aun dezimos, que luego que el Testador es muerto, passa el señorio de la cosa, que es assi mandada, á aquel à quien es fecha la manda, emaguer muera en ante que el heredero del Testador, entre la heredad, ó en ante que entre la possession de aquella cosa que le fue mandada, por todo esso heredará aquella manda el su heredero, que oviere derecho de heredar los otros sus bienes, de aquel à quien fue fecha: E esto seria si la manda fueße de tal manera que fueße fecha puramente, ó à tiempo cierto, mas si fuesse fecha so condicion, non seria assi. Ca muriendo aquel á quien fue fecha la manda en ante que se cumpliesse la condicion, non valdria la manda, nin la podria demandar el heredero de aquel á quien fue fecha, ante dezimos que la debe aver el heredero de el Testador. Fueras ende si aquel á quien fuesse fecha la manda so condicion, oviesse compañero á que fuesse mandada con el de so uno alguna cosas, ó si oviesse substituto en ella. Ca en qualquier de estas dos cosas avrá la manda el compañero, ò el substituto de el finado, è non el heredero de el Testador, si despues se cumpließe la condicion que fuesse puesta en la manda. Parece adivinò esta ley el caso presente, y reparo de la remission de el poder, pues que tan en el todo mirò su decision: pues si se atiende â la acquisicion de el dominio, esta no tiene lugar en los legados condicionales, como lo es el de este pleyto, y queda fundado, y assi aviendo muerto la Religiosa antes de purificarse la condicion intrinseca contingible; esto ès, antes de aver llegado la Nao à estos Reynos con los 2ꝟ. pesos, pues muriò por el año de 79. y aora se haze el embio; antes de saberse el dia fixo que avia de salir de la dicha Ciudad de los Reyes: antes de ver si dexò caudal el Testador para el cumplimiento de el legado: y antes que arbitrasse el Albazea en la eleccion: mal se supone de contrario la transmission en el Convento, y el dominio que dize tiene en este dinero; quando, ni accion tiene para pedir, por aver caducado respecto de la Religiosa el legado segun la determinacion de este texto, y ley de partida, con la glosa de el señor Gregorio Lopez, y sus Concordantes, *leg. si post diem. ff. quando dies, legat. ced. leg.*

leg. 1, §. ſin autem Cod. de Cad. tolend. Y conſiguientemente aunque la remiſſion de el poder ſirviera de agnicion, y eſta pudiera dar dominio; eſte miſmo tiene el legatario ab adita hereditate, vel á morte teſtatoris, y ſin embargo ceſſa quando el legado es condicional, ò con ſubſtitucion: luego no adelanta nada la parte de el Convento con ſemejante alegacion: ademas de lo que queda dicho deſde el num. 40. de eſte papel, y eſtar eſtas partes ſubſtituìdas en el legado de 2ӈ. peſos, â quienes en conformidad de eſta ley de partida, y de lo fundado arriba ſe deben entregar.

43. Dixoſe en eſtrados por el Abogado de la otra parte que la ſubſtitucion hecha en eſtas, es vna condicion translativa, quando no puede aver duda, en que ſea ſubſtitucion con el titulo de vulgar ſimple, por aver dicho el Teſtador: *Y ſi llegado à Eſpaña (lo que Dios no quiera) fueſſe muerta la dicha mi hija, paſſen eſtos 2ӈ. peſos à Doña Laura Florencia de Bendicho, y à Doña Maria Eugenia de Alcazar, mis ſobrinas.* Segun la deciſion de la ley 1. ff. de vulg. & pupil. ſubſt. que es en caſo de que el heredero no fuere heredero, cuya palabra ſi heres non fuerit, contiene en ſi los dos caſos de impotencia, y noluntad, *vt cum leg. Gallus, ff delib. & poſtum. tradit Gomez tom. 1. var. cap. 3. num. 10. Bart. in dicta leg. 1. de vulg. & pupil. num. 13. Bald. in leg. cum proponas, Cod. de hered. inſtit. num. 4.* y eſto lo tiene por comun opinion *Vicent. Fuſar de ſubſt. quæſt. 30. per totam*; y el caſo de la impotencia ſe extiende ad mortis obitum, *leg. precibus, Cod. de impub. & alijs ſubſt. leg. 2. tit. 5. part. 6.* ibi: *Claramente ſe faze la ſuſtitucion que es llamada vulgaris por palabra negativa, en eſta manera, como ſi dixeſſe el Teſtador, eſtableſco á fulano por mio heredero, é ſi él non lo fuere, fago mio heredero à fulano, caſi murieſſe aquel que fueſſe eſtablecido primeramente, ante que ovieſſe tomado la heredad, ó ſe aya otorgado por heredero, ſerá heredero el ſegundo: eſſo miſmo ſeria ſi fueſſe vivo, é non quiſieſſe recebir la herencia, ó la deſhechaſſe, &c.* Y como dize Vicent. Fuſar de ſubſt. in quæſt. 64. num. 12. hablando de eſta ſubſti-

tucion

cion vulgar, *impotentia autem consideratur quocumque modo euenire possit*: de donde se sigue, que si la substitucion vulgar es la que se haze *casu impotentiæ*, y este es quando el instituto no puede percebir por algun impedimento, ó por aver muerto antes que in efectu sea heredero, sobreviuiendo al Testador, segun queda fundado; diziendo Francisco de Barrio-Nuevo: *Y si llegado à España (lo que Dios no quiera) fuesse muerta la dicha mi hija, passen estos 2ɋ. pesos à Doña Laura Florencia de Bendicho, y Doña Maria Eugenia de Alcazar, mis sobrinas*; no queda duda en que sea esta substitucion vulgar, por ser hecha en caso de impotencia, y muerte de la dicha Doña Cathalina, hija natural de el Testador, y Religiosa que fue en dicho Convento, y mas quando esta misma substitucion vulgar se dà assimismo en los legados, *leg. vt heredibus de legat. 2. leg. si legata, Cod. de legat. leg. vnica, §. prosecundo, & §. sin autem sub conditione, vers. quod si Cod. de caduc. tolend. Vicent. Fusar. de subst. quæst. 13. num. 1. & Ant. Pereg. tract. de fidei comm. art. 15. num. 2.*

44. Assentada esta conclusion de ser la substitucion que en este legado hizo Francisco de Barrio-Nuevo vulgar, se ha dudado hasta aora por estas partes, en que se funde la contraria en llamarla condicion translativa; que esta segun los textos en la ley *legatum sub conditione 24. de adim. & transfer. legat.* y en la *legatum sub conditione 94. de cond. & demonstr.* se practica quando el Testador dexa à Tisio vn legado con condicion casual, y despues se lo quita, y lo passa, y traslada á Seio, sobre si se entienda trasladado à Seio con la misma condicion casual, y sea en efecto esta condicion translativa, que segun los Consultos Papin. & Hermogen. en la decision de los textos citados no dudan en que por la adempcion de el legado, se traslada en el segundo legatario junto con el legado la condicion casual; pero no estando, como no estamos en estos terminos, sino en muy distintos, pues Francisco de Barriò-Nuevo, Testador, no quitò el legado de 2ɋ. pesos â la Religiosa su hija en otro testamento,

mento, ni codicilo; el llamar el susodicho en este legado â estas partes por muerte de la dicha su hija, no es condicion translativa (segun la inteligencia que se dá de contrario) por faltar como falta la adempcion viuiendo el Testador, sino vna substitucion vulgar casu impotentiæ, como queda fundado: y finalmente lo que se saca de esto es el que por mas que la parte de el Convento à procurado desvanecer lo condicional de este legado (que no ha podido conseguir) lo viene ya confessando con semejante alegacion; pues diziendo, que esta substitucion, es vna condicion translativa, no podrá negar ser el legado condicional, pues â no serlo, no se dixera condicion translativa; y lo cierto es, que esta se practica en caso muy distinto de el de este pleyto, como queda dicho.

45. Diráse tambien por parte de el Convento, què en lo que mira â aver dicho Francisco de Barrio-Nuevo, Testador, que el Albazea eligiesse persona, que traxesse el dinero à España, por este medio no es condicional el legado, sino modal, por ser esta eleccion puesta à la execucion de el legado, y no â la substancia dèl; y que assi por este medio será modal, y no condicional: â que se satisface â este reparo, que pudiera ponerse: Lo primero, con que assi como la condicion debe cumplirse, y purificarse para la acquisicion de el dominio, assi de la misma suerte el modo, *vt notat eleganter D. Couarr. in cap. 3. de testam. num. 11. versic. postremo, Zeual. comm. contra comm. quæst. 900. num. 158. & modus non adimpletus personæ cohærens; & contrahentis voluntati constitutus impedit acquissitionem. Gabriel. cons. 5. num. 17. & 34. lib. 1. Bolognet. cons. 11. num. 10. & Surd. cons. 268. num. 7. lib. 2.* y segun el texto en la ley *libertas, §. hæc scriptura de manum. testam. Menoch. cons. 131. per totum Aretin. cons. 7. num. 2. Aimon. cons. 191. num. 10. & cons. 192. num. 15. & eleganter doctrina Baldi in leg. si fundum. 83. delegat. 1. num. 1 & 2.* Antes de cumplirse el modo la acquisicion, se resuelve, y haze ineficáz; y assi, antes que arbitrasse el Albazea en elegir persona que traxesse el dinero à España, no lo adquiriò la

Reli-

Religiosa, ni el Convento como su heredero.

46. Lo segundo, porque aunque la naturaleza de el modo, es que el cumplimiento sea despues de aver surtido efecto la disposicion, *leg. si tibi legatum 19. delegat. 3. leg. Mævia, ff. de manum. testam.* quando el Testador quiere que primero se cumpla su voluntad que aya la acquisicion; entonces no es modal su disposicion, sino condicional, vt in terminis singulariter tenet. *Gam. decis. 157. num. 1. cum sequentibus, D. Ludov. à Molina de primog. lib. 2. cap. 12. num. 10.* ibi: *Idque verum est nisi causa requiratur ad originem rei adeò, vt absque illa, accio dari non potest, vel natura verborum aliud suadeat, es textus qui sic est intelligendus in leg. á testatore, ff. de condit. & demonstr. Vbi ex his rationibus actus potius conditionalis, quam modales esse iudicetur*: y lo mismo à los numeros 15. y 17. Y aqui no de otra forma pudiera subsistir el legado, que arbitrando el Albazea en la eleccion, tanto, porque hasta que este eligiesse persona no se podia traer el dinero à España, ni percebirlo la Religiosa, en conformidad de la voluntad de el Testador, pues para este efecto avia de hazer la eleccion el Albazea, quanto por la presuncion legal, de la mucha confiança que el Testador tuvo de el Albazea, à quien solo dexò encargado esta diligencia, quizás por no tener satisfaccion de otro, y que antes se quedára con el dinero, que traerlo à entregar à quienes tocàra: y faltara su disposicion.

47. En comprobacion de lo dicho mas expresso lugar el de Gam. in dicta decis. 157. num. 1. ibi: *Sed in specie proposita constat defunctum voluisse, vt ante quam dispositio sortiretur effectum fidei commissarius voluntati defuncti obtemperasset: ergo non est modalis, sed conditionalis dispositio, hoc etiam comprehendendo ex illis verbis, quæ suspendunt dispositionem, & propterea conditionalis est, & cum in conditionalibus, cæterisque dispositionibus defunctorum voluntates eorum predominetur: ita vt verba, quæ de sui natura conditionem non important side voluntate defuncti constiterit, conditionem inducent: leg. in conditionibus de cond. & demonstr. leg. non aliter delegat. 3.*

leg. si alij, ff. de vsufructu legato. Con lo qual, y los fundamentos juridicos, y claros, que se han repetido en este informe desde el num. 31. vsque ad 33. sobre este mismo punto; queda desvanecido el reparo que pudiera hazerse de considerar este legado modal, por dezir fue cometido el arbitrio â la execucion, y no à la substancia de el legado; y consiguientemente por este medio fundado lo condicional dèl, y assi aviendo muerto la Religiosa antes que arbitrasse el Albazea, y la persona que eligiera traxesse el dinero à España, caducò para con ella el legado, pues faltando esta condicion, falta la disposicion, y es como sino se huviera hecho, & relictum monasterio non debetur, *leg. alterius, leg. qui heredi, §. fin. de cond. & demonstr. leg. si rem. 9. §. omni, ff. de pign. accion Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 20. num. 1.* porque la disposicion condicional antes de la existencia de su condicion, nulum effectum habet, *leg. cedere diem, ff. de verb. sign. leg. pecuniam, quam ff. si certum petat. leg. Gregæ, §. si sub conditione, ff. de pign.*

48. No se puede dexar de responder à la sutil inteligencia, que pudiera darse de que el legado de 2U. pesos, que Francisco de Barrio-Nuevo Testador dexò, se consideraron alimentos para con la dicha Religiosa su hija, â que està obligado tamquam pater naturalis: y que assi no le pudo poner gravamen, ni condicion, y que la propriedad de este dinero se entiende dexada al Convento, y solo el vsufructo à la Religiosa. Y assi à lo primero se satisface, con que no dudandose como no se duda por estas partes, que el padre natural està obligado á sustentar, y alimentar á su hijo, *leg. siquis á liberis ff. de liber. agnoscend. leg. fin. Cod. de alend. liber, leg. 2. tit. 19. part. 4.* Pero para mayor claridad se tocàra, si estos alimentos que el Padre està obligado à dar al hijo à quo iure prouenniant; y aunque en esto ay variedad de opiniones, pues D. Covarr. de Sponsal. 3. part. cap 8. §. 6. num. 4. & 5. Gomez in leg. 4. Taur. nu. 57. & D. Ludov. â Molina de primog. lib. 2. cap. 1. num. 14. llevan que se deben à iure naturali: y que esto no solo se entiende en

 los

los hijos legitimos, sino tambien en los naturales, incestuosos, y especurios, secundum D.Couarr. Vbi proximè num.6 --*Alexand. in leg. quod de bonis, ff. ad leg. falc. §. fin. num.3. Alciat. de præsumpt. regul.8. Tell. Fernand. in leg. 10. Taur. multi quos refert, D. Molin. lib.2. cap.1. num.15. & latissimè Ioann. Garc. de expens. cap. 3. per totum, & præcipue num. 10. & sequentibus.* Llevan indistintamente que los alimentos, respecto de el hijo legitimo se deben por derecho natural, pero respecto de el espurio, y natural, nulla lege naturali deberi: Sed quodam dumtaxat instinctu, & motu naturæ trayendo Garcia indicto cap. 3. ex num.12. con muy solidos fundamentos, autoridades, y leyes de partida, la diferencia que ay entre el derecho natural, è instinto de la naturaleza; y despues de aver discurrido el Author sutilmente en los fundamentos de esta distincion al num. 54. dize: *Hæc sunt neccessario expendenda cum filijs legitimis quos rectè genitos esse censemus, & in quibus fortissima naturæ iura esse arbitramur; nam in spurijs, & naturalibus magis, minus ve læsa iura naturalia constituimus, ideòque in his commiserationem, in illis naturæ vim & potestatem invenimus,* & Ioann.Pett.Surd. *in tractatu de aliment. tit. 3. quæst.1.* tocando la question si los alimentos se deban ex æquitate, & officio iudicis, vel iure actiones, al num. 12. hablando de el hijo natural tantum, dize estas palabras: *Et licet dicamus, patrem obligari ad alimenta filij naturali ratione, non tamen intelligimus de naturali obligatione, sed de naturali ratione, id est, æquitate quadam à natura incita. Vnde argumentum quo vtitur Cordub. dict. leg. si quis á liberis, in princip. num. 58. dum inquit debitum naturali obligatione peti posse actionis iure, quando ex æquo procedendum est, leg. si fide iusor, §. quædam vbi Bart. ff. de mand. non potes substineri, quia alimenta non dantur ex naturali obligatione, sed naturali quadam ratione quæ communis non solum hominibus, sed etiam brutis, vt per glos. in leg. sed & si, §. Consuluit, ff. de pet. hered.* Con lo qual se responde á las opiniones de Molina in dicto cap. 1. nu.17. & sequent. y de Azevedo

in

in leg. 8. tit. 8. lib. 5. Recop. num. 2. que llevan deberse los alimentos iure naturali, porque ván hablando de el hijo legitimo, que esto no se niega; mas no de el natural, porque en este procede lo que queda dicho, y la distincion tan doctamente fundada, y discurrida de Garcia in loco proximo citado.

149. Esto supuesto, dezian estas partes la condicion, y substitucion que el Testador puso en este legado de 2U. pesos, pudo muy bien poner, y hazer la dicha substitucion, pues aunque regularmente no se pueda en los alimentos, esto se entiende para con los hijos legitimos de legitimo matrimonio; quia loco legitimæ relicta sunt, y â estos se les debe por todos derechos los alimentos, como assimismo la legitima aun iure Diuino Filius: ergo heres, y por esso no subsiste el gravamen; pero para con el hijo natural tantum, si, porque como à este no se le deben alimentos iure naturæ, sino solamente instinctu naturæ, & officio iudicis, como queda dicho, de ay es que el padre puede poner gravamen, y condicion en los alimentos que dà à el hijo natural tantum. Comprobandose este discurso con la doctrina de Garcia en el lugar citado, cap. 3. num. 54. finali quien reprobando la opinion de Gomez in leg. 10. Taur. num. 43. que lleva no poderse poner gravamen en los alimentos al hijo natural; decide: *Vnde illud animad versione dignum est quod tradit Antonius Gomez in leg. 10. Taur. nu. 43. existimans adeo deberi spurijs alimenta, vt sicuti legitima portio grauari honere, vel fidei commisso non potest, propter naturalem obligationem, ita quoque alimenta; fundatur in leg. 10. Taur. quæ mihi nihil huiusmodi probat*; dando la razon adelante, que es *quia ius alimentorum personale est, & non transitorum ad hæredes, leg. cum ijs, §. modus, ff. de transaction. lex 10. Tauri etiam si dicat, posse filium huiusmodi alimenta transmitere ad posteros, & relinquere quibus velit id quidem intelligendum esse, si libere relinquantur nulla addita conditione, cum verò ex superius traditis constet spurio, & naturali; non deberi quemadmodum legitima portio filijs legitimis,*

 nec-

necessario fatendum est posse istos filios fidei commisso grauari, præsertim quod morte eorum incipiat quo tempore alimenta desinunt deberi. Luego si los alimentos al hijo natural no se deben por obligacion natural, y derecho de naturaleza, sino solo por razon natural, & instinctu naturæ, y estos no son transmissibles á los herederos de el hijo por ser como assimismo son personalissimos, *vt in leg. cum ijs, § modus el segundo, ff. de transf. leg. Titia de annu. legat. leg. Stichus, §. Titia de alim. & cibat. legat.* y mas expresso texto el de la ley *firmio, in fine, quando dies legat. ced.* (pues la ley de Toro que diga que pueda el hijo disponer de tales bienes, esso es despues que los tuviesse en su poder; *la qual parte despues que la oviere el tal hijo, pueda en su vida, ó en su muerte fazer lo que quisiere, ò por bien tuviere*: que esto no es propria transmission, pues adquiridos los bienes por el hijo ya se dizen bienes proprios, y patrimonio suyo, por cuya causa suceden sus herederos en ellos tamquam heredes, no empero por el derecho de transmission, que se haze tempore agnitionis, como queda fundado) Parece queda sin disputa assentado puede el padre poner gravamen en los alimentos al hijo natural, aunque no pueda al legitimo, y consiguientemente subsisten las condiciones, y substitucion que puso Francisco de Barrio-Nuevo en el referido legado de 2ʒ. pesos, por ser como fue la dicha Religiosa no su hija legitima, si tantum natural.

50 Fuera de que no solo por este medio, sino por otros mas legales procede su disposicion, y es tambien porque el dinero de este legado no puede considerarse para alimentos à la dicha Religiosa, pues era menester que el padre lo huviera especificado, y toda la vez que simpliciter, y sin dezir para que lo dexò, no se pueden considerar alimentos, y mas quando el Testador avia gastado con la Religiosa en averla entrado en dicho Convento, professadola, y dotadola, y que teniendo al Convento quien debiò sustentarla, *cum Castren. cons. 76. num. 1. Surd. in tractat. de alim. tit. 1. quæst. 75. per totam:*

taliter,

taliter, que sino lo haze pierde, y dexa de adquirir lo que el Monacho, ò Religioso adquiriere, *vt est glosa in cap.1. in verbo languidus de infan. & languid. ex pos.* no puede considerarse este legado de alimentos por tener como tenia ya la dicha Religiosa su dote, y de que poderse sustentar, que era el Convento quien la percibiò, y estava obligado à ello: Es question que mueve Surdo in dicto tractatu en la 12. & 13. tit. 2. si el legado dexado simplemente al hijo espurio se entienda por via de alimentos, y aunque controvirtiendo este punto lleva la afirmativa con otros, tambien distingue que si el hijo es rico, ò tiene de donde poderse sustentar, no se entiende entonces para alimentos el legado: *Intellige etiam quando non gaudeat alimentorum fauore, quando spurius est dicus, quia prædicti omnes Doctores loquentur quando non habet aliunde vt potes videri apud eos, & idem est quando fit legatum diuiti, quia vt dictum est, tunc solum intelligitur ex causa alimentorum quando fit pauperi*: dize al num. 11. final en la question 13. dicto titulo 2. es assi, que esta hija natural está Religiosa, tenia de que poderse sustentar, que era el Monasterio cui tenebatur, por aver assimismo tomado la dote de la Religiosa, que diò su Padre, luego no pueden considerarse para sus alimentos estos 2ꝟ. pesos, y consiguientemente, bien pudo el Testador poner en ellos condicion, gravamen, y substitucion, y mas siendo solo hija natural, que alimentarla tenetur ratione sub instinctu naturæ, como queda dicho.

51. No solo esto *D. Ioann. à Castillo in tract. de alim. lib. 8. cap. 2. pertotum*, questiona tambien esto mismo, si el legado dexado simpliciter se entienda para alimentos: Y en el supuesto que và el Author de que vnas vezes se dexa expresé para alimentos (que entonces no puede aver question) y otras tacitè ex præsumpta Testatoris mente; passa à discurrir *quando* se entienda para alimentos el legado dexado por el Testador ex præsumpta eius voluntate, y resuelve con muchos este *quando* en los casos que trae, que son, como si el Testador

dor mandò que sus hijos se alimentassen apud eorum matrem; ò si dixo: *Relinquo vxori meæ habitationem cum filijs meis, aut relinquo gubernium, seu curam & administrationem domus vxori meæ*; ò si dixo *relinquo filiæ, vt in casu viduitatis revertatur in domum meam, vel filiorum hæredumque meorum*: y otros muchos que no repito; y trae assimismo Surdo *in tract. de alimentis tit. 2. quæst. 1. & sequentibus* sobre este mismo punto: luego si en los casos referidos, ni en los que trae Surdo (como se podrà ver por todos ellos) no ay el de este legado, ni presunta voluntad de Francisco de Barrio-Nuevo para que sean alimentos, antes si por ella misma se reconoce lo contrario, pues estando professa su hija tempore testamenti factionis, no podia ignorar que lo avia de adquirir el Convento *Auth. ingressi Cod. de Sacrosant. Ecclesiæ, Auth. si qua mulier Cod. eodem*, por cuya razon mal pudieran servir para alimentos dichos 2U. pesos, pues como los pretenden aora sus Religiosas para labrarlo (que ya lo hazen sin esto) tambien entonces lo distribuyeran como quisieran; porque pudiera aver dicho Francisco de Barrio-Nuevo, Testador, que eran para alimentos, que al menos sirviera para que cessara esta question de si se entiende, ò no alimentos, pues en la disposicion que hizo no ay presunta voluntad de que lo sean, sin ser bastante la de hija; pues en terminos de hijos, y aun legitimos, hablan los Authores citados; y mas quando les puso las condiciones, y substitucion, que pudo poner, y subsisten, y aver la exclusion de que los sean por tener entonces la Religiosa vnde sealeret, y cessar la causal nefamæ pereat; no pueden no considerarse estos alimentos, y mas quando el padre hizo lo que pudo de darle á su hija dote, para que entrasse como con efecto entrò en Religion, y professó.

52. Tiene esto la comprobacion de la ley 10. de Toro, de que no siempre està el Padre obligado â dar alimentos al hijo; ibi: *En caso que el Padre, ó la Madre sea obligado á dar alimentos alguno de sus hijos illegitimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, &c.* Y siendo vno de

de los casos en que no està el padre obligado à dar alimentos al hijo natural, quando este, tiene aliunde de que poder sustentarse (como se fundará en adelante) aun por esta misma ley de Toro quedò exempto de esta obligacion: Y lo que mas es, que aun quando se pudieran considerar alimentos los 2U. pesos, no pudieran ser precissos por lo que queda dicho, sino voluntarios, que estos se puedē muy bien gravar, como lo dà à entender Azeved. in leg. 8. tit. 8. lib. 5. recop. n. 11. dàdo por assentado, los alimentos necessarios no se pueden gravar, sino solo el excesso de el quinto, refiriendo vna opinion contraria de Garcia, dize: *Et in hoc sensu, & casu potest intelligi id, quod inquit Ioann. Garc. tract. de expensis cap. 3. num. 27. & 54. vbi inquit vidisse iudicatum posse aponi grauamem, & onus huic filio spurio in quinto per patrem ei relicto, secus vero esset in eo, quod esset ex quinto necessarium pro alimentis, nam in hoc non posset aponi grauamem*; luego si en los alimentos voluntarios, hoc est, á los que el Padre non tenetur, se puede poner gravamen, aunque no â los necessarios, aun dado que se consideratan alimentos èstos 2U. pesos, teniendo como tenia la Religiosa al Convento de que poderse sustentar, no pudieran considerarse necessarios, por no aver en este caso obligacion de alimentos en el Padre, por cuya razon lo mas que pudieran ser serian voluntarios, y si èn los voluntarios subsiste el gravamen; no puede aver duda subsista en este legado, y consiguientemente. Si en este legado debe correr la validacion de las condiciones, y substitucion, con quanta mas razon no pudiendose considerar alimentos por faltar la presunta voluntad de el Testador, reconociendose de ella misma la exclusion de que lo sean, junto con la mas cierta, y comun opinion de que la prohibicion de el gravamen en los alimentos es respecto de el hijo legitimo, quia in eis succedunt tamquam in legitima, mas no de los naturales, quia eis debentur solum instinctu naturæ, como queda fundado.

53. Llegasse á èsto tambien vna diferencia que ay entre los alimentos debidos al hijo legitimo, y al natu-

 ral,

ral, què al legitimo, quamvis habeat vnde ſealat. ſecund. *D. Ludov. à Molina in eius tractatu de primog. lib. 2. cap.15. num.6. & 48.* ſe le deben porque ſuceden in loco legitime ; pero al natural no ſi tiene de que poderſe ſuſtentar: *Hoc autem, quod de dote, & alimentis diximus, intelligendum eſt, dummodo filij naturales, vel ſpurij, non habeant aliunde vnde ſe dotent, vel alant: ſi enim aliunde, ſeu ex artificio, ſeu aliás dotem, ſeu alimenta percipere poſſint, parentes ab alimentorum, ſeu dotis ſolutione liberentur*: *dize D. Molin. in dicto loco num.* 46. & 48. & *eiuſdem lib. 2. cap. 1. num.* 23. con el texto *in leg. ſi quis à liberis citata, §. ſed filius Ant. Abb. & communiter ſcribentes in cap. cum haberet de eo, qui duxit in matrem: D.Couarr. de ſponſ. 2. part. cap.8. §.6. num.9.* y otros muchos con el lugar de Azevedo *in leg.8. tit.8. lib.5. Recop. num.* 3. Con cuyos fundamentos, ſin coſa en contrario, queda bien clara la exempcion de la obligacion de alimentos que el Teſtador como padre natural pudiera tener, no ſolo inſtinctu naturæ ; pero aun naturæ iure: luego pudo poner condiciones en eſte legado, y mucho mejor ſubſtitucion.

54. Pero para que es detenernos en eſtos diſcurſos, quando en terminos de hijo (etiam legitimo) que entrò en Religion, ceſſa la obligacion en el padre de alimentarlo, ſegun el lugar de Surdo de alim. *tit.* 1. *quæſt.* 7. *per totam*; en donde dá por aſſentado al num.1. que ſi el hijo entrare en Monaſterio, pater liberatur ab onere alendi idque oneris tranſit ad Monaſterium; paſſando deſpues el Author â controvertir, ſi ſaliendo de el Monaſterio el hijo con cauſa, ò ſin ella, renazca la obligacion en el padre por aver quedado extincta por el ingreſſo en la Religion, aunque ya veo, què eſto, y lo que aſſimiſmo dize el Author en la queſtion 75. de eſte titulo al num. 4. de que aunque el Convento debe ſuſtentar al Monaco, no procede quando es pobre, y no puede darle lo neceſſario: *& prædicta non procedunt quando ob inopiam Monaſterij, non poſſet Abbas miniſtrare neceſſaria*, pudiera ſer fomento de la pretenſion contraria, en lo que dize eſtar

el

el Convento de la Concepcion junto â San Juan de la Palma pobre, y que no tenia para dar lo necessario à dicha Religiosa: A que se sastisface, con que desde el Año de 73. que fue quando testò Francisco de Barrio-Nuevo, hasta el de 79. en que muriò la Religiosa (como consta en el pleyto) pudo muy bien el Convento sustentarla, y tenia bastantemente de què, por estar como estavan entonces sus rentas todas corrientes, como es notorio, y â mayor abundamiento, se protesta por estas partes justificar; respecto de lo qual importa poco que estè aora pobre, quando no lo estava en los Años desde el de 73. hasta el de 79. que era quando tuvo la obligacion de alimentar â la Religiosa.

55. Fuera de que aun dado caso, y no concedido, que entonces tambien estuviesse pobre, no puede ser esto bastante para que aquella obligacion de el Padre, que ya fue extincta por el ingresso de su hija en la Religion renazca, *leg. eius qui, §. si ff. de iur. fisc. glos. in leg. si eum quis, §. si ff. de furt. Tiraq. in leg. si vnquam, Cod. de reuoc. donat. num.* 191. y el hecho de aver quedado libre vna vez de esta obligacion, no se puede retractar etiam ex super venienti causa, *cap factum legitime, de reg. iur. in 6. leg. in ambiguis, § non est novum ff. eodem tit.* pues aunque lo questione Surdo in dicta questione 7. es en otro termino, quando el hijo salió de la Religion, & reuersus fuit in eius patris potestatem, que ya no es Religioso, y assi quedandolo la dicha Doña Catalina hija de el Testador vsque ad eius mortem, parece no averse dado para con la susodicha obligacion en el Padre, y mas quando en caso de pobreza debe el Monasterio, y se le puede obligar, á que propter eius inopiam, passe á la Religiosa à otro Monasterio, *vt cum Bald. in leg. 1. §. sed scimus in fine, Cod. de latina lib. Tolend. Benincas. in tract. pauper. quæst. 7. num. 2. specia. iudici. num. 25. aßerit idem Surd. in dict. quæst. 75. tit. 1. num. 5.* Luego si en caso de pobreza se le puede obligar al Monasterio á que passe la Religiosa, ò Religiosas à otro; el no averlo hecho (aun quando estuviera pobre en el tiempo de dicha Religiosa) no pudo

pudo perjudicar al Testador, y hazer renazca , y reviva (como quiera que se considere) vna accion que por el ingresso de la Religion professione sequuta, quedò en el todo extincta.

56. Y sobre todo esto si los alimentos son personalissimos, y si por esta razon finiuntur morte eius cui debentur, *leg. cum hi, §. modus, ff. de transact. leg. firmio, in fine, ff. quando dies legat. ced. Bart. in leg. si stichum, §. 1. num.2. vers. modo si ponamus de verb. oblig. Bald. in leg. si ita expressim de cond. & demonstr.* citados por Surdo in dicto tractatu *tit.5. quæst.1. num.1.* por cuya razon no son transmissibles à los herederos de aquel à quien se deben, *quia alimentorum subiectum est anima, & corpus, quod non transit ad hæredes*, como dize idem *Bald. in auth. cui relictum, vers. quid enim, Cod. de ind. Viduit. Tollend.* y muchos que cita Surdo in dicta quæstione 1. sin que obste la opinion de Gomez in leg. 10. Taur. de que se transmiten fundada en la ley de Toro, de que despues que los huviere el hijo pueda disponer de ellos; porque estos post acquisitionem son patrimonio proprio de el hijo, que no es propria transmission, como queda dicho: luego como quiera que se considere, no puede el Convento pedir este dinero, pues si se avia de convertir en alimentar à la Religiosa, aun quando fuera legado para este efecto, y assi se considerata, y cessaran los fundamentos que en contrario alegan estas partes, estando muerta aora, que es quando se embia, y pudo embiar, y no antes (como se dirà despues) Mal podrà convertirse en sus alimentos, ni serlo, quia non entis, nullæ sunt qualitates, y la Religiosa iam non est in rerum natura. *Leg. Stichus, §. Titia de alim. & cibar. legat. leg. firmio, in fine, ff. quando dies legat. ced.* ibi: *Cæterum si pecuniam, annuam pater alimentis filij destinaßet, non dubiè persona deficiente causa prestandi videtur extincta.*

57. Y aunque dixera el Convento que los 2U. pesos son por cuenta de los alimentos, que se le dieron â dicha Religiosa quando vivia, ya queda satisfecho, con que el Monasterio fue quien entonces debia sustentarla, que

tenia de què, y con el lugar de Siriaco *controv. 34. num. finali*, que â los alimentos preteritos no les llama propriamente alimentos, y constituyendo vna diferencia entre estos, y los presentes, y futuros, sobre si se admita compesacion, dize: *Quia hic non obijcitur compensatio contra alimenta prestanda, sed contra creditum pro repetitione alimentorum á tertio alij prestitorum, quod resolvitur in simplex creditum ordinarium, in quo cessat ratio que excludit compensationem in alimentis, nempe, quia venter dilationem non patitur, nam iam venter satisfactionem habuit, & alimenta præterita non gaudent privilegijs alimentorum præsentium, vel futurorum, & licet non apelatur in causis alimentorum, tamen hoc procedit tantum in alimentis præsentibus, vel futuris secus in præteritis: & D. Olea decess. iur. tit. 3. quæst. 13. num. 3.* lleva la misma de que los alimentos preteritos no son propriamente alimentos, *quia alimenta præterita proprie alimenta non sunt, & verbo tenus alimenta non dicuntur habito respectu non ad præsentem statum, sed ad præteritum*, y mas adelante dize *cum ex futuris alimentis non ex præteritis vita hominum pendeat; ideoque præterita creditum potius, quam alimenta dicuntur*; y si en los alimentos que se deben procede esto, en los 2U. pesos que legò Francisco de Barrio-Nuevo, que no son, ni pueden considerarse tales por todo lo dicho, mucho mejor procederá el gravamen, lo intransmissible al Convento, y consiguientemẽte la exclusion de su pretension.

58. Destruyese por otro medio la pretension, y accion, y es, etiam que fuesse transmissibles los alimentos, à los herederos de el transmitente (que avia de ser â los legitimos, y no fictos, como queda dicho) no pudieran serlo estos 2U. pesos, aunque fuessen alimentos, porque en el supuesto de que pudo poner en ellos el Testador las condiciones, y substitucion que puso, tambien por este medio no tiene lugar la transmission en los alimentos condicionales, *leg. 4. ff. de annu. legat. leg. cum in annos, ff. quando dies, legat. ced. & Surd. in dicto tract. tit. 9. quæst. 6. num. 10. & 11.* ibi: *Quod autem dixit,*

 lega-

legatum annum transmiti, & deberi pro toto anno inchoato, rectè procedit, quando est purè, & simpliciter factum, & si sit factum respectu alicuius rei implendæ per legatarium, tunc eatenus legatur debetur, quatenus implementum est sequutum, & non vltra, y al num. 14. con la ley *cum hi, §. si annos, ff. de transact. in tantum autem legatum anuum dicitur, quod fit pro alimentis, quod si nulla alimentorum facta sit mentio, sed simpliciter alicui certum, quid anuum relinquatur, presumitur in causa alimentorum relictum:* y lo mismo Garcia de expens. cap. 3. num. 54. Y assi, si el legado annuo es legado de alimentos, si el legado de alimentos condicionales no son transmissibles: luego aunque se considera este de 2ij. pesos legado de alimentos, siendo como fue condicional no lo pudo transmitir al Convento la Religiosa, por mas que se diga lo aceptò por el poder que embiò, pues para esto procede lo que queda dicho, y ley de partida citada.

59. Para que no quede escrupulo alguno; por si acaso se dixere que el dia incierto, y evento de la fortuna aunque causen condicion en los legados, es condicion tacita, y que esta no impide la transmission, se assegura mas el intento de estas partes, con la respuesta que se dá, y es, con que la condicion tacita que no impide la transmission, es aquella quæ extrinsecus provenit, non ex testamento, *leg. conditiones extrinsecus 98. de cond. & demonstr.* En donde la condicion extrinseca no haze el legado condicional, cuya condicion explica su glosa, que es de vn legado de 10. dexado à Seio, y este que diesse 5. à Caio, que aviendo muerto Caio antes que Seio, aceptasse el legado, dize la glosa que transmite Caio los 5. à sus herederos, porque tiene la condicion extrinseca, si Seius eum agnouerit; pero aquellas condiciones tacitas, contingibles, provenientes, es testamento, sin disputa alguna impiden la transmission, como se ha dicho, y comprueba con el texto *in leg. si duobus, 3. Cod. de legat. & §. sin autem, leg. vnic. Cod. de Cad. Tolend. leg. si pater, Cod. de inst. & subst.* que obran los mismos efectos que la expressa, y aun de la glosa in dict. leg. conditiones extrinse-

trinsecus, en donde la condicion si nauis ex Asia venerit impide la transmission, por ser condicion contingible, y de el texto *in leg. 1. eodem titulo de cond. & demonstr.* ibi: *Nisi ipsa conditio insit*, y de el §. *cum dies, eiusdem legis* 1. que el dia incierto no solo haze el legado condicional, *leg. dies incertus*, 74. *ff. eodem*, sino que impide la transmission, ibi: *Nam diem incertum habet mors eius, & ideò si legatarius ante decesserit ad hæredem eius legatum non transit, quia non cessit dies viuo eo*: y de la ley *si Titio*. 22. *quando dies legat. ced.* y la *quod puræ* 6. *ff. eodem*, que hablando de la condicion tacita, decide el Consulto Paulo que aunque la extrinseca no impide la transmission, la ex testamento, si; ibi: *Non ex ipso testamento*. Y su glosa que la condicion tacita si navis ex Asia venerit transmitionem impedit, y lugar expresso de Iacobo Menochio *de præsumpt. lib*.4. *præsumpt*. 199. *num*. 11. 12. *& præcipue num*. 13. Junto con esto la assignacion que hizo el Testador vnde soluatur legatum; y arbitrio en el Albazea expresse condicionales, y el dia incierto de la remission, y llegada de el dinero, á la ley vnica, §. sin autem citada, y en termino de legado de alimentos, no ser transmissibles los condicionales, segun el lugar proximo citado de Surdo, y el de Gomez tom. 1. var. cap. 12. num. 65. en donde hablando de las condiciones tacitas. Trayendo algunos casos, quando assi se entiendan, passa al de los alimentos, y dize: *Quinto quando relinquitur alicui legatum annuum, quia intelligitur conditio si viuat, quia proximo anno est purum, pro sequentibus conditionale, & intelligitur conditio si viuat, & eo mortuo, non transit legatud ad hæredes*. Y además estar, como están, estas partes substituìdas, que esto solo bastára para impedir la transmission al Convento, como assimismo lo mucho con que le acudia á la Religiosa Gaspar de Bendicho, su Tio, en el tiempo que estuvo en él, y otros diferentes legados que le hizieron, como todo se protesta assimismo probar por estas partes, que sirve tambien para el total desvanecimiento de que estos 2ꝟ. pesos puedan considerarse alimentos, por tener como tuvo por todos medios de que poderse

susten-

ſuſtentar, y ſer mas que notorio lo mucho con que le acudiò el dicho Gaſpar de Bendicho.

60. En quanto à ſi la propriedad de eſte dinero la adquiriò el Convento á morte Teſtatoris; ſe reſponde no averla adquirido nunca, pues ſi por el medio de que eius contemplatione lo dexò el Teſtador à la Religioſa, lo contrario conſta de ſu voluntad, y clauſula de ſu teſtamento, pues tacitamente quiſo que no lo percibieſſe el Convento; ſi es porque quidquid Monachus acquirit Monaſterio acquirit quia ſe, & ſua dedicant Deo *auth. ingreſſi, auth. ſi qua mulier, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* No ſolo la propriedad, pero tambien el vſufructo lo adquiriera el Convento; pero eſto es lo que cum effectu adquiere, porque en lo condicional, no tiene mas que vn ius ad acquirendum: y ſobre todo, ſi la propriedad ſe entendiera dexada al Convento: luego no ſon alimentos por averſe de convertir en ſuſtento de la Religioſa, como ſe dize de contrario: luego ſe pudo gravar, y poner en ella la ſubſtitucion que ſe puſo: y ſi eſta ſubſiſte: à morte Teſtatoris no adquiriò dominio el Convento en eſte legado por ſerlo condicion; y finalmente ſi eſte no es legado de alimentos, ſi eſte ſe pudo gravar, ſi pudiendoſe gravar, no adquiriò dominio la Religioſa â morte Teſtatoris. Y que el derecho que pudiera tener el Convento, no puede ſer mas que el que tenia la Religioſa, que ya caducò, y eſpirò, por averſe purificado la condicion de la ſubſtitucion con ſu muerte; ſino fue hecho Monaſterij contemplatione; ſi la propriedad eſtá gravada: luego eſta no fue, ni pudo ſer, como quiera que ſe conſidere de el Convento à Teſtatoris morte.

61. Aſſentado ſer eſte legado reſpecto de la Religioſa condicional por todos los medios que ſe han tocado, eſtar en èl eſtas partes ſubſtitutas, ſer legado de quantidad, y pecunia numerada, por cuya razon, no ſe le tranſfiriò dominio â la Religioſa, ni cediò por la muerte del Teſtador, ni lo tranſmitiò al Convento, y lo que mas es no conſiderarſe alimentos, y ſubſiſtir las condiciones, y ſubſtitucion parece llegò el caſo de ella, por aver dicho

el

el Testador, *y si llegado á España, lo que Dios no quiera, fuere muerta la dicha mi hija; se apliquen los dichos 2U. pesos por mitad à las dichas mis sobrinas* (â quienes dexa assimismo invicem substituidas) con que llegando aora el dinero à España siendo muerta la Religiosa, y viuas las dichas Doña Laura, y Doña Maria Eugenia de Alcazar, sobrinas de el Testador, aora es quando llega el caso de la substitucion, y que se les aya de entregar el dinero, *leg. 1. ff. de vulg. & pupil. leg. precibus, Cod. de impub. & alijs subst. leg. cum proponas, Cod. de hæred. instit. leg quod si alij, ff. de adim. legati leg. 1. & 2. tit. 5. part. 6. & leg. 34. tit. 9. part. 6.* que tan en el punto hablò: y la razon es, porque el defecto de la condicion obra que se entienda por no hecho el llamamiento en la dicha Religiosa, *leg. pecuniam quam, ff. si certum petat. Petri Surd. decission 210. num. 7. Pereg. art. 43. num. 16. & art. 52. num. 6.* y quedan las substitutas, ò siguientes llamadas, por primeras, quia defecta conditione retrocensetur secundus substitutus, ac si primo fuisset vocatus ex Imol. *in leg. si quis ita scripserit, de hæred. instit. Cephal. cons. 52. num. 18.*

62. Y con mucha mas razon siendo como fue la presumpta voluntad de el Testador (que obra los mismos efectos que la expressa, *leg. licet Imperator delegat. 1. leg. penult. delegat. 2. leg. Galus, §. quidam recte deliber. & postum. leg. nominis & rei, §. verbum ex legibus de verb. sign.* que esta tiene la preferencia á todas, *leg. cum pater, §. filius matrem delegat. 2. leg. Balista, ff. ad Trebelian.*) de que el Convento no percibiesse este dinero, pues por muerte de la Religiosa llamò à estas partes, y en su defecto fundò vn Aniversario por donde quedò tacitamente excluydo, y estas partes admitidas á este legado en conformidad de la tacita, y presumpta voluntad de el Testador, teniendo esto la comprobabilidad de la doctrina de Spino *de testam. glosa 14.* en donde hablando de la substitucion fidei commissaria si excluia al Convento, dize: *Nam respondeo, quod in illis iuribus pia causa substituta prefertur potius, quam Monasterium quod grauatus ingreditur, quia testator nullam mentionem fecit*

 de

de Monasterio, *&* *sic potius est admittenda causa pia vocata per testatorem, quam testator voluit, quam id de quo non cogitauit*; y si en terminos de substitucion fidei commissaria, que ya presupone dominio en el gravado à restituir el fidei commiso (quia alias no fuera fidei commisaria sino vulgar) se excluye el Convento si quidem testator de eo non cogitauit: á contrario censu leg. qui filiabus 17. de legat. 1. y se admite el llamado: luego con quanta mas razon en el caso presente, en donde nunca tuvo, ni pudo tener dominio la Religiosa, ni el Convento, quien debe ser excluydo ex presumpta testatoris voluntate.

63. Llegasse à esto el nombramiento especifico que tienen estas partes ser bastante para excluyr al Convento no llamado *leg. cum ita* 33. §. *in fidei commiso de legat.* 2. ibi: *ij ad petitionem fidei commisi admitti possunt qui nominati sunt. Trentacinq. de subst. part.* 4. *cap.* 4. *num.* 4. *& latissimè D. Ioann á Castill. lib.* 4. *contr. cap.* 55. *vers. sanè fidei commisum & num.* 69. *vers.* 5. *coniectura*, y ser sobrinas hijas de hermano, y hermana de el Testador, y el Convento para con èl estraño, *argum. leg. cum Auus de cond. & demonstr. & leg. cum acutissimi, Cod. de fidei commis.*

64. Ya venimos á recaer en la mora que se dize por la otra parte huvo en el Albazea, y que debiò remitir el dinero en la primera Armada, despues de la muerte del Testador, en conformidad de su voluntad, y que el no averlo hecho, no le perjudica, pues si entonces lo huviera embiado lo percibiera la Religiosa, y por su muerte el Convento como su heredero; â que se satisface, con que no dudandose, como no se duda, y dá por assentado que el Albazea, y executor testamentario debe cumplir la voluntad de el Testador, dentro de el termino que le assignò, auth. hoc amplius, Cod. de fidei comm, cap. n os quidem de testam. & leg. 6. tit. 10. part. 6. y no assignando termino, á lo mas dentro de vn Año, segun la ley de partida citada; tienen la inteligencia estos textos, de que entonces deberá cumplir el Albazea, y executor

M

testa-

testamentario la voluntad de el Testador dentro de el termino que le assigna, ò de vn Año, quando el Albazea pudiendo executarla no la executò, & per eum stetit; pero si por impedimento legitimo que tuvo, ò por los accidentes de los tiempos no la executò, & per eum non stetit, entonces no incurre en mora, culpa, ni omission, y en qualquier tiempo la puede cumplir: es lugar de Carpio de *execut. & commisar. testament. lib. 3. cap 1. num.* 22. ibi: *Tertio decimo, quod annus executoribus assignatus non currit legitimè impedito, si quidem constituitur ad conuicendam executoris negligentia & in eius præiuditium,* citando en esta misma opinion al señor Couarrubias in dicto cap. nos quidem de testam. num. 4. vbi veriorem ham sententiam appellat. y al señor Gregorio Lopez in dicta ley 6. y al num. 24. *Secundo intelligitur, vt etiam locum habeat in non nullis impedimentis facti, quibus specialiter idem tribuitur, vt notant Panormitanus, & Felinus in cap. transmissa, de prescriptionibus, Boerius decissione 40. num. 3. & 9. quibus accedit Pinelus vbi supra num. 43. versiculo ampliatur secundo:* y al num. 14. con muchos *annus à iure præfixus, iudicis arbitrio prorrogari potest operis, vel executionis qualitate, licet in plures annos protrahatur.*

65. Es assimismo lugar de Molina *de iust. & iur. tract. 2. disput. 251. num. 1. in principio*; ibi: *Si fieri ita possit*, y expresso el del señor Gouarr. *in dicto cap. 3. de testam.* en donde despues de assentar que el executor testamentario debe cumplir la voluntad de el Testador dentro de el termino que le assignò, ò de vn Año, segun la ley 6. de partida, passa luego el num. 3. y dize: *His etiam adiungitur, quod impeditio agere non labitur tempus assignatum ad aliquid agendum, cap. quia diuersitatem de conces. præbend. leg. 1. Cod. de Ann. exec. atque in hac specie, executionis tempus non currere ignoranti, aut impedito*; y aunque despnes al num. 4. refiere algunas opiniones contrarias fundadas en la ley de partida (que no hablando en caso de impedimento ratione rei vel personæ â èl no se debe adaptar) sin embargo resuelve el señor Couarrubias ser esta pri-

mera sentencia que lleva, la mas verdadera, *prima opinio verior est, quam si Oldendorp. sequitur in tract. de execut. vlt. volunt. tit. 7. Bart. in leg. genero. Bald. cons. 171. vol. 3. Albert. Brun. in statutis verbo executio*, y Menoch. de arbitr. lib. 2. sent. 3. casu 220. num. 50. en donde hablando de las causas de la escusacion de la mora, dize: *Prima est excusationis causa, cum per debitorem non stetit quominus satisfacere, leg. sed & si, ff. de vsuris, vt puta, cum rem in in sua potestate non habet, nam tunc excusatur: ita trádunt omnes in leg. quod te, ex illo textu, ff. si cert. petat.* ibi: *Alexander num. 10. Decius in repetitione num. 54. Ripald. num. 38. & alij.*

66. Fundada esta limitacion de la ley, dizese por estas partes, no ay mora en el Albazea: porque el caudal que quedó por muerte de Francisco de Barrio-Nuevo, Testador, fue en generos, y mercerias, que llevò à los Reynos de las Indias, que no vendiò, ni pudo; porque en el viage cayó malo, y allá en Indias lo estuvo, sin poder negociar por este impedimento, hasta que muriò; ni el Albazea pudo disponer de ellos, porque no tuvieron salida en la Ciudad de los Reyes, donde muriò el Testador, y fue necessario remitirlos á otras diferentes partes de las Indias para su venta, que fue con mucha pèrdida de ditas, y su procedido no se pudo recoger hasta el año de 85. que desde entonces acà no ha avido mas Armada que la presente: Teniendo este hecho la comprobabilidad de la instruccion que embia Francisco de Barrio-Nuevo; y si el impedimento en el Albazea lo escusa de la mora, pues no està obligado à cumplir la voluntad de el Testador en el termino legal, aviendolo tenido el testamentario de Francisco de Barrio-Nuevo, Testador, tan legitimo como no tener salida los generos, ni poderse vender, claro està que se sigue la ilacion de la exclusion de la mora, y de que en qualquiera tiempo puede cumplir su disposicion, y mas quando no consta averle dado facultad el Testador para que vendiesse los generos, dexando como dexò herederos, *secundum Spin. de testam. glosa 28. num. 30.*

67. Pon-

67. Ponderòse en estrados â la vista de este pleyto por el Abogado de la otra parte, que huvo mora en el Albazea, fundado en que dies interpelat pro homine, y aviendo salido la primera Armada, y no embiado el Albazea el dinero que incurriò en mora; siendo assi, que el que saliera aquella Armada importara poco, toda la vez que entonces no se pudo remitir el dinero, ademas de que aunque dixo el Testador *en la primera Armada*; tambien despues dixo, *y si llegado à España*, que apela sobre el dinero; pues si esta palabra *si llegado*, se entendiera la Armada, dixera el Testador *si llegada*, y no diziendo assi, se entiende el dinero, por cuya razon no precisò el Testador que en aquella primera Armada que saliera despues de su muerte se remitiesse el dinero, sino quando se pudiera; *quia in vltimis voluntatibus inspicere non oportet ad quæ dirigatur sermo, sed ad quæ voluntatis intento Mantica de coniect. lib.8. tit. 3. num.6. 7. & 8. Iulio Caponio discept.311. num.17. in fine*: que sirve tambien para el animo de el Testador que fue de que el Convento no percibiesse este dinero.

68. Fundase tambien en que la carta de pago que dieron estas partes de los 1ꝟ. pesos de su legado presentada en el pleyto; formando el argumento de que como huvo para embiar estos 1ꝟ. pesos, tambien avria para remitir los 2ꝟ. que se desvanece con facilidad; pues de que huviesse para embiar 1ꝟ. pesos, no se sigue infaliblemente, quedaran tambien allà en dinero 2ꝟ. porque pudieron hazerse los 1ꝟ. pesos de lo mas vendible, y no poderse vender, como no se pudo, por la poca salida que tenian las mercaderias para los 2ꝟ. pesos; ademas de que etiam que estuviessen de prompto entonces quando se embiaron los 1ꝟ. pesos â estas partes, no adelanta nada la de el Convento; porque quando recibieron los 1ꝟ. pesos fue por el Año de 82. como consta de la misma carta de pago; y aviendo muerto la Religiosa por el de 79. ni entonces que se huviessen remitido los 2ꝟ. pudiera el Convento percebirlos por estar ya muerta la Religiosa, y consiguientemente nos hallavamos con el mismo pley-

to que aora, y fundamentos juridicos que assisten à estas partes en su pretension.

69. Presentòse por la contraria vna Carta de Antonio de Bendicho y Barrio-Nuevo, embiada à la Religiosa su hermana, de el Año de 77. en que parece le dà â entender no se embiaba el dinero por ser aviso el en que em biaba la Carta, que en la Armada se remitiria, y que èl, y su hermano andaban sobre que le entregasse el Albazea la herencia; y suponiendo primero no ser verosimil, que hallandose el dicho Antonio de Bendicho y Barrio-Nuevo, con Francisco de Bendicho y Barrio-Nuevo, su hermano, en los Reynos de el Perù, donde muriò su Padre, en la ocasion que escriviò la Carta, tuviessen ya de prompto los 2U. pesos, sin que primero huvieran embolsado lo que les tocaba, como herederos, que se suponen ser; y que lo mas cierto seria la escriviria assi, para darle buena esperança, y consolarla con semejantes palabras; tiene esta Carta la contraposicion de la instruccion de el dicho Francisco de Barrio-Nuevo, en que no solo, no dá â entender en ella tal, sino que antes si manifiesta lo contrario, que es la poca salida de los generos, y mercerias, cuyo producto no se pudo recoger hasta el Año de 85. Y no solo esto, sino la otra Carta de el susodicho su fecha de 6. de Febrero del mismo Año de 87. en que tampoco dá â entender à la Religiosa que estuviessen de prompto ya los 2U. pesos, que à ser cierto esto, como el vn hermano Antonio de Barrio-Nuevo se lo embiò â dezir, tambien el otro Francisco de Barrio-Nuevo se lo noticiara por tèner ambas Cartas vna misma fecha; y assi junto esto con la Carta que se ha presentado por estas partes, en que dá â entender quedò en mercerias el caudal, y lo desinteresado de Francisco de Barrio Nuevo, hijo de el Testador, pues embia aora el dinero, y mas 400. pesos; assi á estas partes, como al Convento para los gastos de el pleyto, por donde no se presume que su animo sea, fuesse de defraudar la otra parte, se desvanece la Carta de Antonio de Bendicho: y sobre todo, ni esta, ni la de Francisco de Barrio-

Nuevo,

Nuevo, pueden inducir, ni probar mora, culpa, ni omission en el Albazea, tanto por la variedad, quanto por no poder perjudicar à estas partes terceras interessadas, como queda dicho, y fundado en este informe, y papel al num. 40. con los textos *in cap. 1. de conf. ff. leg. optima, Cod. de contrah. & commitend. stipulat. Gomez in leg. 45. Taur. num. 85. D. Salgad. de reg. protect. 4. part. cap. 8. num. 345. & in labyrint. 3. part. cap. 13. num. 13.* y ser vnas declaraciones extrajudiciales, que ni aun contra ellos mismos prueban, no estando por los susodichos reconocidas, *leg. 4. & leg. fin. tit. 13. part. 3.* & ibi: *D. Greg. Lopez Farin. tom. 3. pract. quæst. 82. num. 1. Font. deciss. 258. per totam, y Gomez tom. 1. var. cap. 12. num. 81. versic. ex quo notabiliter sub infertur.*

70. Fundase finalmente, en que fue Francisco de Barrio-Nuevo interpelado por la Carta que se supone le embiò la Religiosa, como si el heredero huviera de ser quien avia de nombrar la persona que traxesse el dinero, y fuera bastante la interpelacion extrajudicial, y vna sola; quando es menester repetidas interpelaciones para constituir à vno en mora, *leg. mora, in fine principij, ff. de vsur.* y estas que sean judiciales, vt cum multis: & solidis fundamentis asserit: *Iacobus Menochius de arbitr. lib. 2. sent. 3. casu 220. ex num. 31.* cum sequentibus: Y sobre todo, es demàs lo que se cansa la otra parte en la explicacion de mora regular, mora irregular, interpelacion hominis, y interpelacion legis, quando todo viene à recaer en que no huvo mora en el Albazea por el impedimento rei que tuvo (como se probàra en caso necessario bastantissimamente) en cuyos terminos de executor testamentario hablan los Authores citados; y assi faltando este principio de que no estava obligado á embiar el dinero en la primera Armada (además de que la volunrad de el Testador fue de quando se pudiesse como queda dicho) de què sirve las interpelaciones hominis, & legis, quando todo esso se entiende para con aquel, que per eum stetit el cumplir su obligacion.

71. Con esto mismo se responde â lo que tambien

se ha dicho de contrario, què el menor tiene la restitucion integrum, y juntamente el Convento, que esto no se niega por estas partes; pero esto es quando el menor es leso, que entonces goza de este beneficio, ó quando fue omisso, y negligente en alguna cosa; pero entender de que por menor la Religiosa, y por menor el Convento ha de llevar este dinero, es entender muy mal, porque en esto no ay lesion, omission, ni negligencia, de la otra parte, antes si mucho cuydado en solicitar el ninero, considerandolo tan suyo, que acada esquina se halla ya carta de pago, como si esto valiera en vn Tribunal tan recto, tan santo, y tan desnudo de respectos humanos como el de V.S. quien en su justo proceder lo darà à quien legitimamente tocare.

72. Si la menoria de edad se quiere aplicar à retrotraer este legado, que aora se purificò su condicion, al tiempo en que se dexò, carece de fundamento legal; y lo cierto es, que en las vltimas disposiciones condicionales, no se admite, ni dá retrotraccion, porque solo se atiende al tiempo en que se verifican, *leg. quæ legata* 18. *& eius glosa, ff. de regul. iur. &* ibi: *Decius leg. si post diem, ff. quando dies legat. ced. leg.* 1. §. *sin autem, Cod. de Cad. Tolend.* la ley de el Reyno que es la 34. tit. 9. part. 6. y otros muchos textos que no cito por ser este principio muy assentado, y sabido, y en que assimismo ay vna substitucion.

73. Si por el previlegio que tiene el menor de què lo que se le debe, tardandose el deudor en entregarlo incurre en mora, y que esta sea in ijs quæ eam desiderant, tám in contractibus bonæ fidei, quàm in legatis & fidei commissis, leg. in minorum 3. Cod. in quibus causis in integ. restit. leg. Titia, §. vsuras, de legat. 2. Ya queda respondido al num. 70. con que el Albazea no pudo embiar en la primera Armada el dinero, ni incurriò en mora; y assi este previlegio de el menor, es, en el que pudiendole pagar, no lo hizo, pues en los textos citados ya se supone mora, en el deudor, mas no en el que tuvo impedimento para no hazerlo, porque en este no se

dà

dá mora, como quiera que se considere; además de que este previlegio no se practica, ni puede en los legados condicionales, en que se atiende al evento de la condicion, y como en esta Armada vino, pudo hundirse con otro mucho que se perdió, y lo mismo en qualquiera, en que se pudiera aver traído, como queda dicho ; y qualquiera presumpcion de mora queda desvanecida con el impedimento ; y assi faltando el no poder en el Albazea, falta la mora , y esta muy desvanecida con el hecho cierto que estas partes tienen en el pleyto alegado, y en caso necessario se probará en la Ciudad de los Reyes de los Reynos de el Perù , no determinandose por aora en lo principal â su favor , y recibiendolo â prueba ordinaria con termino de dos Años para dicha Ciudad en conformidad de la ley 12. *tit.*3. *lib.*9. *Recopil. Indiar.* y el lugar de Paz *parte* 1. *tom.*1. *in octauo tempore num* 39. que no es termino vltramarino el que se concede para las Provincias de el Perù , sino ordinario, mayormente siendo la denegada con la qualidad *de por aora*, y sobre la concedida en la primera instancia, que en esta segunda no obstan los Autos de vista , y revista de V.S. aunque fuessen sin la qualidad *de por aora*, por ser otra instancia esta, en que no han probado estas partes el hecho que tienen alegado que les aprovecha, y que esta defensa no se les puede quitar , y mas no aviendo como no ay probança en contrario.

74. En cuya consideracion de ser este legado de pecunia numerada , de no ceder su dominio à morte Testatoris, tanto por esto, quanto por ser condicional para con la Religiosa, por los medios que quedan tocados; además de la substitucion; de ser el Convento hijo civil, y ficto, que no la impide; de la voluntad tacita, y presumpta de el Testador , que el Convento no percibiesse este dinero, pues de eo mentionem non fecit ; de ser estas partes sus sobrinas, hijas de hermano , y hermana, en quienes se dá derecho de agnacion, y cognacion, que por esto son predilectas; de no considerarse alimentos, ni estos trasnmissibles; deque la propriedad no se en-

Q tiende

tiende dexada à el Convento; de que subsisten las condiciones; de que no huvo mora en el Albazea; y sobre todo de que ha llegado aora el caso de la substitucion; parece queda fundada la justicia de estas partes, pretendiendo que V. S. se sirva de revocar el referido Auto de el Alcalde, declarando tocar, y pertenecerles este legado, mandando dar el despacho necessario, para que Pasqual Martinez de Belazco, en cuyo poder está el dinero, se lo entregue, y quando esto lugar no aya por aora, de recebir este pleyto, y causa à prueba, con el termino ordinario de 2. Años para la Ciudad de los Reyes de los Reynos de el Perú. Y assi se espera: Salua tanti Senatus dignissima censura, cui protestatur me in omnibus subijci.

Licenciado D. Pedro Garcia Bello.